



**You have downloaded a document from  
RE-BUS  
repository of the University of Silesia in Katowice**

**Title:** Homoseksualizm a prawo karne. Analiza synoptyczna

**Author:** Jakub Hanc

**Citation style:** Hanc Jakub. (2021). Homoseksualizm a prawo karne. Analiza synoptyczna. "Czasopismo Prawno-Historyczne" T. 73, Nr 1 (2021), s. 359-397, doi 10.14746/cph.2021.1.17



Uznanie autorstwa - Użycie niekomercyjne - Bez utworów zależnych Polska - Licencja ta zezwala na rozpowszechnianie, przedstawianie i wykonywanie utworu jedynie w celach niekomercyjnych oraz pod warunkiem zachowania go w oryginalnej postaci (nie tworzenia utworów zależnych).



UNIWERSYTET ŚLĄSKI  
W KATOWICACH



Biblioteka  
Uniwersytetu Śląskiego



Ministerstwo Nauki  
i Szkolnictwa Wyższego

Jakub Hanc (Katowice)

## Homoseksualizm a prawo karne. Analiza synoptyczna\*

### WSTĘP

W 2019 r. minęło 90 lat od opublikowania przez Ernsta Haftera (1876–1949) obszernego artykułu o wymownym tytule *Homoseksualizm i ustawodawca karny*<sup>1</sup>. Ten wybitny szwajcarski uczony – profesor prawa karnego, dziekan Wydziału Nauk o Państwie i Prawie Uniwersytetu w Zurychu oraz rektor tej uczelni – odegrał znaczącą rolę w depenalizacji kontaktów homoseksualnych. Na podstawie przedłożonych przez niego uwag do projektu szwajcarskiego Kodeksu karnego Rada Narodu (Nationalrat) wyraziła *désintéressement* w używaniu prawnokarnego potępienia w stosunku do dorosłych osób tej samej płci, podejmujących dobrowolnie współżycie seksualne.

Wydaje się, że ponowne przyjrzenie się poglądom tego badacza jest zasadne z co najmniej kilku powodów. Po pierwsze, reakcje współczesnych prawodawców na zjawisko homoseksualizmu są ciągle różnicowane – od penalizacji dobrowolnych stosunków pomiędzy osobami dorosłymi<sup>2</sup>, przez możliwość zawierania zwią-

---

\* Der Autor bedankt sich recht herzlich bei Herrn Oskar Zgonina – dem Vorsitzenden des Bundes der Jugend der Deutschen Minderheit in der RP für die geleistete Unterstützung bei der Textbearbeitung.

<sup>1</sup> E. Hafter, *Homosexualität und Strafgesetzgeber*, „Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht” 1929, nr 43, s. 37–71.

<sup>2</sup> Kara śmierci lub dożywotniego pozbawienia wolności wymierzana za wskazane zachowanie występuje najczęściej w państwach, w których dominuje islam. Pewnym ewenementem jest Uganda, gdzie w 2014 r. przynależność religijna przedstawiała się następująco: 39,3% – wyznanie rzymskokatolickie, 32% – wyznanie anglikańskie, 13,7% – muzułmanie (<https://www.britannica.com/place/Uganda/Religion>, dostęp: 12.05.2020). Pomimo przewagi wyznawców chrześcijaństwa 30 grudnia 2014 r. parlament tego kraju uchwalił Anti-Homosexuality Act (w mediach przyjęła się nazwa *Kill the Gays bill*), który zakazywał wszelkich form stosunków seksualnych między oso-

ków partnerskich lub małżeństw, po rozszerzenie znamion strony przedmiotowej przestępstwa nawoływania do nienawiści o orientację seksualną<sup>3</sup>. Po drugie, wielu uczonych zastanawia się, dlaczego Szwajcaria jako pierwsza, w przeciwieństwie do Niemiec i Austrii, zdecydowała się na dekryminalizację niewymuszonych relacji homoseksualnych pomiędzy osobami dorosłymi już w dwudziestoleciu międzywojennym. Po trzecie, warto ustalić, czy rzeczywiście rola i wkład Hafera w depenalizację tego zjawiska były tak doniosłe, jak twierdzi większość autorów. Po czwarte, wobec silnego wpływu poglądów społecznych na kształt prawa radykalne poglądy antyhomoseksualne skłaniają do tego, by kwestię tę wnikliwie i rzeczowo przedstawić.

Niniejszy wywód, z uwagi na prezentację ewolucji przepisów prawa, nie ma wyłącznie waloru historycznego, bowiem takie parametry, jak: przemiany normatywne, ścieranie się różnych poglądów czy zmiana oceny szkodliwości czynu, są wciąż aktualne także w dzisiejszej Polsce i odnoszą się do wielu zachowań, które już zostały albo mogą zostać skryminalizowane.

Stanowisko Hafera ukształtowało się w warunkach, które można bezsprzecznie uznać za wyjątkowe. Dnia 21 grudnia 1898 r.<sup>4</sup> weszła w życie zmiana Konstytucji Federalnej Konfederacji Szwajcarskiej z 29 maja 1874 r., w myśl której kompetencje w zakresie stanowienia materialnego ustawodawstwa karnego zostały przeniesione z kantonów na rząd federacji. W gestii kantonów pozostała natomiast organizacja sądów, postępowanie sądowe oraz władza sądownicza (wymiar sprawiedliwości)<sup>5</sup>.

---

bami tej samej płci oraz promocji i uznawania takich relacji. W przyjętym prawie przewidziano szerokie zastosowanie kary śmierci, którą później zastąpiono dożywotnim więzieniem (<https://ulii.org/system/files/legislation/act/2013/2014/Anti-Homosexuality-Act-2014.pdf>, dostęp: 12.05.2020). 1 sierpnia 2014 r. Trybunał Konstytucyjny zakwestionował zgodność tego aktu z Konstytucją. Zob. A.J. Kretz, *From „Kill the Gays” to „Kill the Gay Rights Movement”: The Future of Homosexuality Legislation in Africa*, „Northwestern Journal of International Human Rights” 2013, nr 2, s. 207 i n.; E. Paszat, *Why „Uganda’s anti-homosexuality bill”? Rethinking the „coherent” state*, „Third World Quarterly” 2017, nr 9, s. 2027 i n.; J. Vorhölder, *Homosexuality, pornography, and other „modern threats”. The deployment of sexuality in recent laws and public discourses in Uganda*, „Critique of Anthropology” 2017, nr 1, s. 93 i n.

<sup>3</sup> 14 grudnia 2019 r. parlament szwajcarski (Bundesversammlung) uchwalił nowelizację Kodeksu karnego (*Strafgesetzbuch*) oraz ustawy karnej wojskowej (*Militärstrafgesetz*), przewidującą zmianę odpowiednio art. 261 bis i art. 171c ust. 1, w których stypizowane jest przestępstwo dyskryminacji i nawoływania do nienawiści (*Diskriminierung und Aufruf zu Hass*). Zmiana zakłada poszerzenie zakresu kryminalizacji o nową okoliczność, tj. orientację seksualną. 9 lutego 2020 r. w referendum związkowym 63,1% głosujących opowiedziało się za uchwaloną zmianą, 36,9% było przeciw, frekwencja wyniosła natomiast 40,9% (<https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/20200209/det630.html>, dostęp: 13.05.2020).

<sup>4</sup> Głosowanie przeprowadzono 13 listopada 1898 r. Zob. Bundesblatt von 14. Dezember 1898, Nr 58, s. 467 i n.

<sup>5</sup> Stanowił o tym przepis art. 64 bis: „(1) Der Bund ist zur Gesetzgebung im Gebiete des Strafrechts befugt. (2) Die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung

Rewizja Konstytucji umożliwiła zatem rozpoczęcie prac nad pierwszą i uniwersalną ustawą karną<sup>6</sup>. W 1888 r., antycypując nowe kompetencje, Rada Związkowa (Bundesrat) zleciła przygotowanie wstępnego projektu kodeksu. Wykonawcą tego zadania został nobliwy profesor Uniwersytetu w Bernie, Carl Stooss (1849–1932). Projekt części ogólnej powstał już w 1893 r.<sup>7</sup>, zaś cały kodeks – w 1894 r.<sup>8</sup> Został on jednak poddany gruntownej weryfikacji przez dwie komisje eksperckie. Prace merytoryczne zostały opóźnione z uwagi na przebieg I wojny światowej, która sprawiła, że priorytetem dla prawodawcy stało się uchwalenie ustawy karnej wojskowej z 13 czerwca 1927 r. Obrady parlamentarne nad projektem kodeksu karnego przypadały więc na lata 1928–1937<sup>9</sup>.

Przebieg prac legislacyjnych w Radzie Narodu poświęconych kryminalizacji stosunków homoseksualnych był niezwykle burzliwy<sup>10</sup>. Część deputowanych (mniejszość chrześcijańsko-konserwatywna) uważała, że stosunki homoseksualne są nałogiem (przywarą), który doprowadził ludzi do wynaturzenia i jako bezecny, niebezpieczny występki musi spotkać się z reakcją prawnokarną. Inni z kolei (związani głównie z ministrem sprawiedliwości Heinrichem Häberlinem) wskazywali, że skłonności homoseksualne są dane przez naturę (*Naturgegebenheit*), toteż ukaranie sprawcy wydaje się w tym przypadku absurda i bezcelowe. W dysku-

---

verbleiben, wie bisanhin, den Kantonen. (3) Der Bund ist befugt, den Kantonen zur Errichtung von Straf-, Arbeits- und Besserungsanstalten und für Verbesserungen im Strafvollzuge Beiträge zu gewähren. Er ist auch befugt, sich an Einrichtungen zum Schutze verwahrloster Kinder zu beteiligen”.

<sup>6</sup> Ściślej rzecz ujmując, chronologicznie pierwszym szwajcarskim Kodeksem karnym była kryminalna ordynacja Republiki Helweckiej z 4 maja 1799 r. (*Helvetischen Peinlichen Gesetzbuch*), która była oparta na pierwszym francuskim Kodeksie karnym z 1791 r. Zob. M. Killias, N. Markwalder, A. Kuhn, N. Dongois, *Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuch*, Bern 2017, s. 11; M. Lewandowicz, *O prapoczątkach ruchu kodyfikacyjnego w Szwajcarii w XVIII w. w świetle traktatu Johanna Jakoba von Leua*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2016, t. LXVIII, z. 2, s. 129 i n.

<sup>7</sup> *Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil. Im Auftrage des Bundesrates ausgearbeitet von Carl Stooss. Avant-Projet de Code pénale suisse. Partie générale, traduit par mission du Département Fédéral de Justice et Police par Alfred Gautier*, Basel – Genf 1893.

<sup>8</sup> *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Vorentwurf mit Motiven im Auftrage des schweizerischen Bundesrates ausgearbeitet von Carl Stooss und französische Übersetzung des Vorentwurfs von Alfred Gautier*, Basel – Genf 1894.

<sup>9</sup> M. Killias, N. Markwalder, A. Kuhn, N. Dongois, *Grundriss des Allgemeinen Teils...*, s. 12 i n.

<sup>10</sup> Nie jest to zaskakujące, gdyż część kantonów miała już skodyfikowane prawo karne, np. kantony Ticino, Genewa i Valais czerpały wzorce z prawa francuskiego. Natomiast kantony Fryburg, Vaud, Neuchâtel, oparte na prawie pruskim, zawierały normy zakazujące zachowań homoseksualnych. Zob. T. Delessert, *Straflosigkeit in Grenzen. Zur politischen und rechtlichen Geschichte männlicher Homosexualität in der Schweiz in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts*, „Invertito. Jahrbuch für die Geschichte der Homosexualitäten” 2013, nr 15, s. 47 i n.

sji ciągle przewijało się jednak pytanie, czy homoseksualizm nie jest aby czymś anormalnym. Jeśli by tak było, to zastanawiano się, czy prawo karne nie powinno stworzyć bariery dla kogoś, kto nie może zaspokoić swoich potrzeb seksualnych w normalny sposób i bez tego rodzaju ograniczeń nie zrezygnuje z właściwej mu satysfakcji seksualnej. Wobec braku konsensu Rada Narodu przekazała sprawę do Komisji, która miała zająć się tym zagadnieniem od początku<sup>11</sup>.

Twierdzeń Haftera nie sposób zrozumieć bez analizy ustawodawstwa przynajmniej dwóch krajów sąsiadujących ze Szwajcarią: Niemiec i Austrii. Myśl prawnicza wykuta w tych państwach wywierała bowiem silny wpływ nie tylko na prawodawstwo Konfederacji, ale także kantonów północnych i wschodnich. Warto zatem przyrzeć się przeobrażeniom normatywnym, jakie zaszły w tych krajach. Uzmysłowi to, jakich problemów uniknęła Szwajcaria, decydując się na depenalizację dobrowolnych stosunków homoseksualnych pomiędzy osobami dorosłymi, i być może pozwoli obiektywnie ocenić, ile w myśli Haftera było elementów progresywnych, konserwatywnych, a ile wykrętnych czy obłudnych.

### KRYMINALIZACJA ZACHOWAŃ HOMOSEKSUALNYCH W NIEMCZECH

Wśród historycznych regulacji normatywnych statuujących podstawy odpowiedzialności karnej za czyny homoseksualne warto rozpocząć od uchwalonej w 1532 r. na sejmie Rzeszy w Ratyzbonie Kryminalnej ordynacji sądowej cesarza Karola V i świętej Rzymskiej Rzeszy (*Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und des Heiligen Römischen Reiches – Constitutio Criminalis Carolina*<sup>12</sup>). Zgodnie z art. 116<sup>13</sup> („Kara za nieczystość, jeśli popełnia się ją przeciwko naturze”), jeżeli „mężczyzna z bydłem, mężczyzna z mężczyzną lub kobieta z kobietą” dopuścili się czynu nieczystego, podlegali „zgodnie z ogólnym zwyczajem” karze spalenia na stosie.

Obowiązujący od 1794 r. Landrecht pruski (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*) również przewidywał prawnokarną reakcję na zachowania

<sup>11</sup> T. Delessert, *Straflosigkeit in Grenzen...*, s. 53 i n.; E. Hafter, *Homosexualität...*, s. 37 i n.

<sup>12</sup> Tekst ordynacji przekształcony z czcionki gotyckiej na pismo szeryfowe, dostępny jest na stronie internetowej Amt für Kultur – Fürstentum Liechtenstein: <http://www.e-archiv.li/textDetail.aspx?etID=42319> [dostęp: 14.02.2020].

<sup>13</sup> „Straff der vnkeusch, so wider die natur beschicht. Item so eyn mensch mit eymem vihe, mann mit mann, weib mit weib, vnkeusch treiben, die haben auch das leben verwürckt, vmd man soll sie der gemeynen gewomheyt mach mit dem feuer vom leben zum todt richten”. Podają za: S. Kanwischer, *Der Grenzbereich zwischen öffentlichem Strafanspruch und intimer Lebensgestaltung. Verschiebungen in der historischen Entwicklung – aufgezeigt am Beispiel der Strafbarkeit des Inzests (§ 173 StGB)*, Göttingen 2013, s. 45.

homoseksualne. Przepisy §§ 1069<sup>14</sup> i 1070<sup>15</sup> wskazywały, że w przypadku sodomii i innych podobnych grzechów przeciw naturze sprawca powinien zostać skazany na karę ciężkiego więzienia<sup>16</sup> w wymiarze co najmniej roku. Groziło mu ponadto wygnanie z miejsca, w którym dopuścił się czynu.

Modyfikacja wskazanych norm nastąpiła 14 kwietnia 1851 r. w wyniku przyjęcia Kodeksu karnego państw pruskich (*Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten*). Jego § 143<sup>17</sup> stanowił, że nierząd przeciwny naturze popełniony pomiędzy osobami płci męskiej lub pomiędzy ludźmi a zwierzętami podlega karze więzienia od 6 miesięcy do 4 lat, a także pozbawieniu obywatelskich praw honorowych<sup>18</sup>. Orzecznictwo zawężyło jednak stronę przedmiotową jedynie do kontaktów analnych. W licznych opracowaniach przywoływany jest fragment wyroku Sądu Najwyższego Prus (Preußische Obertribunal) z 1 lipca 1853 r., w którym stwierdza się, że wzajemna masturbacja pomiędzy dwoma mężczyznami jest bezkarna<sup>19</sup>.

§ 143 inkorporowano do Kodeksu karnego Związku Północnoniemieckiego (*Norddeutscher Bund*) z 31 maja 1870 r. (jako § 152). Z mocy § 2 cesarskiej Konstytucji Drugiej Rzeszy kodeks ten stał się jedyną obowiązującą materialną ustawą karną w całej Rzeszy. Dokonano w nim jedynie pewnych korekt redakcyjnych,

---

<sup>14</sup> „Sodomiterey und andre dergleichen unnatürliche Sünden, welche wegen ihrer Abscheulichkeit hier nicht genannt werden können, erfordern eine gänzliche Vertilgung des Andenkens”. Ibidem, s. 45.

<sup>15</sup> „Es soll daher ein solcher Verbrecher, nachdem er ein- oder mehrjährige Zuchthausstrafe mit Willkommen und Abschied ausgestanden hat, aus dem Orte seines Aufenthalts, wo sein Laster bekannt geworden ist, auf immer verbannt, und das etwa gemäßbrauchte Thier getödtet, oder heimlich aus der Gegend entfernt werden”. Podaję za: W. Schild, *1577 Paragraphen aufgeklärter Strafrechtsvernunft. Zum ALR als philosophischem Strafgesetzbuch* [w:] F. Ebel (red.), *Gemeinwohl – Freiheit – Vernunft – Rechtsstaat. 200 Jahre Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. Symposium der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, 27.–29. Mai 1994*, Berlin 1995, s. 48.

<sup>16</sup> Kara ta była połączona z tzw. powitaniem i pożegnaniem (*Willkommen und Abschied*), czyli karą cielesną (*Prügelstrafe*) wymierzaną na początku i na końcu pobytu w więzieniu. Zob. W. Schild, *1577 Paragraphen...*, s. 48.

<sup>17</sup> „Die widernatürliche Unzucht, welche zwischen Personen männlichen Geschlechts oder von Menschen mit Thieren verübt wird, ist mit Gefängniß von sechs Monaten bis zu vier Jahren, sowie mit zeitiger Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte zu bestrafen”. Zob. F.C. Openhoff (red.), *Das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten nebst dem Gesetze und den Verordnungen über die Einführung desselben*, Berlin 1867 (reprint 2018), s. 238.

<sup>18</sup> *Kodeks Karny dla Państw Pruskich z roku 1851*, Warszawa 1862, s. 62. Rzeczownik *Unzucht* przetłumaczony został jako „lubieżność”.

<sup>19</sup> *Preussisches Polizei-Lexikon. Eine alphabetisch geordnete Zusammenstellung aller in das Gebiet der polizeilichen Thätigkeit einschlagenden Gesetze, Verordnungen, Instruktionen u.s.w. Ein praktisches Hilfsbuch für Polizeibeamte und zur allgemeinen Belehrung für Jedermann. Mit besonderer Genehmigung des Königl. Preuss. General-Polizei-Direktors Herrn von Hinckeldey. Nach amtlichen Quellen bearbeitet von Hermann Dennstedt und Willibald von Wolffsburg Königl. Polizei-Lieutenants*, t. V, Berlin 1856, s. 453.



które podyktowane były nową sytuacją geopolityczną, tj. zjednoczeniem Niemiec<sup>20</sup>. Treść dawnego § 143 znalazła się w § 175<sup>21</sup>. Opis typu czynu zabronionego nie uległ zasadniczej modyfikacji. Dostrzegalna zmiana dotyczyła natomiast wymiaru kary, gdyż do czynu tego znajdowała zastosowanie kara więzienia (*Gefängniß*), która wynosiła najkrócej dzień, najdłużej zaś 5 lat<sup>22</sup>.

Powodem utrzymania zakazu kontaktów homoseksualnych pomiędzy mężczyznami był wzgląd na opinię publiczną i dominujący społeczny osąd. W uzasadnieniu do projektu Kodeksu karnego Związku Północnoniemieckiego wskazano, że nawet gdyby można było uzasadnić zniesienie wskazanej normy argumentacją medyczną, to w świadomości prawnej narodu zachowania te oceniane są nie tylko jako szkodliwy występki przeciwko moralności, ale także jako przestępstwo. Ustawodawca nie może zatem abstrahować, że w ocenie społecznej takie czyny są uznawane za karalne. Wycofanie się prawa karnego i cywilnego z osądu osób, które w ten sposób grzeszą przeciwko prawu naturalnemu, i pozostawienie oceny ich czynów jedynie prawu moralnemu byłoby zawinionym uchybieniem legislacyjnym<sup>23</sup>.

§ 143 i jego odpowiedniki wywoływały jednak w niemieckiej nauce prawa karnego pewien dysonans spowodowany tym, że dobrowolne czyny homoseksualne nie były skryminalizowane w Kodeksie karnym bawarskim (*Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern*) z 1813 r. Twórca tego kodeksu, wybitny niemiecki profesor prawa karnego Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775–1833), doprowadził do dekryminalizacji nie tylko dobrowolnych aktów homoseksualnych, ale także współżycia pozamałżeńskiego (cudzołóstwa)<sup>24</sup>. Michael Kubiciel określił dokonaną przez niego zmianę jako „wprost awangardową” jak na pierwszą poło-

<sup>20</sup> Zmian dokonano ustawą z 15 maja 1871 r. Zob. F. Liszt, E. Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin – Leipzig 1927, s. 62.

<sup>21</sup> „Die widernatürliche Unzucht, welche zwischen Personen männlichen Geschlechts oder von Menschen mit Thieren begangen wird, ist mit Gefängniß zu bestrafen; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden”. Zob. T. Fuchs, *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871. Historisch-synoptische Edition 1871–2009*, Mannheim 2010, s. 820.

<sup>22</sup> Traktował o tym § 16 zd. 1: „Der Höchstbetrag der Gefängnißstrafe ist fünf Jahre, ihr Mindestbetrag Ein Tag”. Ibidem, s. 121.

<sup>23</sup> „Denn selbst, wenn man den Wegfall dieser Strafbestimmungen vom Standpunkte der Medizin, wie durch manche der, gewissen Theorien des Strafrechts entnommenen Gründe rechtfertigen könnte; das Rechtsbewußtsein im Volke beurteilt diese Handlungen nicht blos als Laster, sondern als Verbrechen, und der Gesetzgeber wird billig Bedenken tragen müssen, diesen Rechtsanschauungen entgegen Handlungen für straffrei zu erklären, die in der öffentlichen Meinung als strafwürdige gelten. Die Beurteilung solcher Personen, welche in dieser Weise gegen das Naturgesetz gesündigt, dem bürgerlichen Strafgesetze zu entziehen und dem Moralgesetze anheim zu geben, würde als ein gesetzgeberischer Mißgriff getadelt werden”. Zob. G. Gollner, *Homosexualität. Ideologiekritik und Entmythologisierung einer Gesetzgebung*, Berlin 1974, s. 165.

<sup>24</sup> A. Koch, *Deutsche Strafrechtsgeschichte seit dem Bayerischen Strafgesetzbuch von 1813 bis 1871* [w:] E. Hilgendorf, H. Kudlich, B. Valerius (red.), *Handbuch des Strafrechts*, t. 1: *Grundlagen des Strafrechts*, Heidelberg 2019, s. 319.

wę XIX w.<sup>25</sup> Niektóre powody przyjęcia takich rozwiązań normatywnych można znaleźć w komentarzu do tego kodeksu<sup>26</sup>. Stwierdza się w nim, iż nie określono w tym prawie czynów lubieżnych, którymi człowiek przekracza swoje wewnętrzne obowiązki wbrew zasadom moralnym, jednak bez naruszenia praw innych osób. Samogwałt, sodomia i bestialstwo, pozamałżeńskie i dobrowolne współżycie są ciężkimi przekroczeniami zasad moralnych, ale nie są zaliczane do sfery zewnętrznej ustawodawstwa jako grzechy, o ile nie naruszają prawa innych osób<sup>27</sup>.

Istnienie w przestrzeni prawnej dwóch skrajnych stanowisk traktujących o czynach homoseksualnych mogło doprowadzić albo do zawężenia, albo do poszerzenia zakresu kryminalizacji. Na podjęcie prac legislacyjnych w kierunku rozbudowania zakazu z § 175 wpłynęła tzw. afera Hardena-Eulenburga. W 1907 r. niemiecki publicysta Maksymilian Harden ujawnił na łamach prowadzonego przez siebie czasopisma „Die Zukunft” utrzymywanie intymnych relacji przez księcia Filipa Fryderyka Aleksandra Eulenburga z hrabią Kuno von Moltke. Dziennikarz zdemaskował ponadto istnienie tzw. homoseksualnej kamaryli, spotykającej się w pałacu Leibenberg, w której oprócz dwóch wymienionych postaci znaleźli się prominentni arystokraci z otoczenia cesarza Wilhelma II Hohenzollerna, co ówczesnej opinii publicznej dało asumpt do deliberowania nad orientacją seksualną samego monarchy<sup>28</sup>. Stąd też w założeniach do projektu nowego Kodeksu karnego stwierdzano, że w interesie moralności i ogólnego dobra jest, aby przepisy karne rozciągały się także na kobiety, które praktykują zachowania homoseksualne. Wybuch I wojny światowej sprawił, że prace nad zmianami zostały wstrzymane<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> M. Kubiciel, „*Absonderung des Menschen vom Menschen*”? Feuerbachs Freiheitsverständnis im Lichte der Religions- und Sittlichkeitsdelikte [w:] A. Koch, M. Kubiciel, M. Löhnig, M. Pawlik (red.), *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch. Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts*, Tübingen 2014, s. 402 i n.

<sup>26</sup> *Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern. Nach den Protokollen des königlichen geheimen Raths*, t. II, München 1813, s. 59 i n.

<sup>27</sup> „So lange der Mensch durch unzüchtige Handlungen nur die inneren Pflichten wider sich die Gebote der Moral überschreitet, ohne die Rechte eines Andern dadurch zu verletzen, ist von denselben in gegenwärtigen Gesetzbuche nichts bestimmt worden; Selbstbefleckung, Sodomie, Bestialität, der aussereheliche freiwillige Beischlaf, sind schwere Ueberschreitungen der moralischen Gebote, aber zur Sphäre der äusseren Gesetzgebung gehören sie nicht als Sünde, sondern soweit dadurch die Rechte Anderer verletzt werden”.

<sup>28</sup> Dokładny opis afery: M. Kohlrausch, *Homoseksualizm, wielka polityka i media. Skandal wokół Eulenburga 1906–1909*, „Przegląd Historyczny” 2007, nr 3, s. 397–416; W. Śmieja, *Skandal homoseksualny i polska opinia publiczna – „sprawa Eulenburga” na łamach wybranych tytułów prasy polskiej*, „Teksty Drugie” 2013, nr 5, s. 311–329.

<sup>29</sup> H.G. Stümke, *Homosexuelle in Deutschland. Eine politische Geschichte*, München 1989, s. 50 i n.



W pierwszych latach Republiki Weimarskiej podjęto próby uchylenia § 175, które nie zakończyły się jednak powodzeniem. Represje wobec domniemyanych i rzeczywistych osób o orientacji homoseksualnej nasiliły się po ujęciu w 1924 r. seryjnego mordercy nastoletnich chłopców, Fritza Haarmanna, zwanego rzeźnikiem/wilkołakiem z Hanoweru, oraz jego partnera i współnika Hansa Gransa. Haarmann zwabiał swoje ofiary do mieszkania, gwałcił je razem z Gransem, a potem zabijał. Całej sprawie dramatyzmu dodawał fakt, że Haarmann był handlarzem mięsa pochodzącego z wątpliwych źródeł. Zrodziło to podejrzenia, że mięso ofiar sprzedawał swoim klientom jako wieprzowinę. Wykrycie morderstw wywołało falę homofobii i podsyciło uprzedzenia wobec osób homoseksualnych<sup>30</sup>.

Ustawą z dnia 28 czerwca 1935 r. naziści dokonali zmian w obrębie § 175<sup>31</sup>. Z przepisu tego usunięto fragment o „nierządzie przeciwko naturze”. W opisie czynu pojawiło się jednak nowe sformułowanie: „pozwala się wykorzystać/daje się wykorzystać do nierządu”. *Novum* stała się także możliwość odstąpienia od wymierzenia kary, w szczególnie uzasadnionych (lekkich) przypadkach, w odniesieniu do sprawcy, który w chwili popełnienia czynu zabronionego nie miał ukończonych 21 lat.

Poszerzono jednak pole kryminalizacji, wprowadzając do Kodeksu karnego § 175a<sup>32</sup>. Zgodnie z jego treścią karze ciężkiego więzienia do 10 lat, a nawet w przypadku zaistnienia okoliczności łagodzących – karze co najmniej 3-miesięcznego więzienia podlegał: 1. mężczyzna, który siłą lub groźbą uszczerbku na życiu lub zdrowiu zmusza innego mężczyznę do uprawiania czynu nierządnego lub zmusza go do tego, żeby ten pozwolił się wykorzystać do takiego czynu; 2. mężczyzna, który nadużywa zależności opartej na stosunku służbowym, stosunku pracy lub stosunku podporządkowania i doprowadza innego mężczyznę do uprawiania czynu

---

<sup>30</sup> R.J. Poole, *Der Fall Fritz Haarmann, „Werwolf von Hannover”*: Zur Instabilität des Dritten [w:] C. Berger, T. Döring (red.), *Figuren der/des Dritten Erkundungen kultureller Zwischenräume*, Amsterdam 1998, s. 211–236.

<sup>31</sup> „(1) Ein Mann, der mit einem anderen Mann Unzucht treibt oder sich von ihm zur Unzucht mißbrauchen läßt, wird mit Gefängnis bestraft. (2) Bei einem Beteiligten, der zur Zeit der Tat noch nicht einundzwanzig Jahre alt war, kann das Gericht in besonders leichten Fällen von Strafe absehen”. Zob. T. Fuchs, *Strafgesetzbuch...*, s. 820.

<sup>32</sup> „Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren, bei mildernden Umständen mit Gefängnis nicht unter drei Monaten wird bestraft: 1. ein Mann, der einen anderen Mann mit Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben nötigt, mit ihm Unzucht zu treiben oder sich von ihm zur Unzucht mißbrauchen zu lassen; 2. ein Mann, der einen anderen Mann unter Mißbrauch einer durch ein Dienst-, Arbeits- oder Unterordnungsverhältnis begründeten Abhängigkeit bestimmt, mit ihm Unzucht zu treiben oder sich von ihm zur Unzucht mißbrauchen zu lassen; 3. ein Mann über einundzwanzig Jahre, der eine männliche Person unter einundzwanzig Jahren verführt, mit ihm Unzucht zu treiben oder sich von ihm zur Unzucht mißbrauchen zu lassen; 4. ein Mann, der gewerbsmäßig mit Männern Unzucht treibt oder von Männern sich zur Unzucht mißbrauchen läßt oder sich dazu anbietet”. Ibidem, s. 821.

nierządnego lub do tego, żeby ten pozwolił się wykorzystać przez niego do takiego czynu; 3. mężczyzna w wieku powyżej 21 lat, który uwodzi mężczyznę w wieku poniżej 21 lat do uprawiania czynu nierządnego lub do tego, żeby ten pozwolił się wykorzystać przez niego do takiego czynu; 4. mężczyzna, który w celach zarobkowych uprawia czyn nierządny z innymi mężczyznami, pozwala się przez nich wykorzystać do takiego czynu albo go proponuje.

Odrębną jednostkę redakcyjną stanowiła zoofilia – § 175b<sup>33</sup>: nierząd przeciwny naturze, popełniany przez ludzi ze zwierzętami, który podlegał karze więzienia. Sąd mógł w tym przypadku orzec utratę obywatelskich praw honorowych.

Oficjalne uzasadnienie zmian odwoływało się do konieczności utrzymania ludzi w zdrowiu moralnym, ponieważ w ocenie nazistów homoseksualizm wykazuje tendencję do rozprzestrzeniania się jak epidemia i wywiera zgubny wpływ na dotknięte nim grupy<sup>34</sup>. Okrutne piętnowanie usprawiedliwiano chęcią zachowania fundamentów społecznych narodowego socjalizmu<sup>35</sup>. Historycy wskazują jednak, że oprócz stanowiska *stricte* ideologicznego niechęć do homoseksualistów wynikała z osobistych uprzedzeń niektórych przywódców NSDAP, zwłaszcza Adolfa Hitlera i Heinricha Himmlera<sup>36</sup>. Propaganda nazistowska przedstawiała homoseksualistów jako ciężar społeczny, element zdemoralizowany i bezużyteczny, utożsamiając z nim „zagrożenie” żydowskie<sup>37</sup>.

Co ciekawe, modyfikując treść kodeksu, nie przewidziano odrębnych podstaw pociągania do odpowiedzialności karnej lesbijek<sup>38</sup>. Ich zachowanie mogło

<sup>33</sup> „Die widernatürliche Unzucht, welche von Menschen mit Thieren begangen wird, ist mit Gefängniß zu bestrafen; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden”. Ibidem.

<sup>34</sup> C. Schoppman, *Czas maskowania. O sytuacji lesbijek w narodowym socjaliźmie*, tłum. J. Ostrowska, „Teksty Drugie” 2008, nr 5, s. 164.

<sup>35</sup> A. Zinn, „*Aus dem Volkskörper entfernt*”? *Homosexuelle Männer im Nationalsozialismus*, Frankfurt am Main 2018, s. 279–289.

<sup>36</sup> W piśmiennictwie najczęściej przywołuje się słowa tego ostatniego z przemówienia z 18 lutego 1937 r., w którym stwierdził, że niektórzy homoseksualiści uważają, że to, co czynią, jest jedynie ich sprawą prywatną, tymczasem życie seksualne nie jest sprawą prywatną, ponieważ dotyczy przetrwania narodu. Tylko naród z dużą liczbą dzieci ma prawo do światowej władzy i dominacji, zaś pytanie o właściwie ukierunkowany seks jest życiowym pytaniem każdego narodu. Zob. <http://sarahrosenthal.georgetown.domains/items/show/8> [dostęp: 23.02.2020].

<sup>37</sup> B. Piętka, *Więźniowie z różowym trójkątem w KL Auschwitz*, „Dzieje Najnowsze” 2014, nr 2, s. 27 i n.

<sup>38</sup> Komisja prawa karnego przy Ministerstwie Sprawiedliwości Rzeszy, opowiadając się przeciwko poszerzeniu pola kryminalizacji o zachowania homoseksualne kobiet, wskazywała: „W przypadku (homoseksualnych) mężczyzn marnowana jest potencja. W większości odpadają oni z cyklu rozmnażania, przy czym w przypadku kobiet sytuacja taka nie występuje albo przynajmniej nie na taką skalę. Rozpusta jest silniej rozprzestrzeniona wśród mężczyzn niż wśród kobiet (z wyłączeniem społeczności dziwek). Jest ona u kobiet również mniej widoczna, mniej zauważalna, w związku z czym niebezpieczeństwo deprawacji poprzez naśladowanie przykładu jest zdecydowanie mniejsze. Przypadki bliskich, przyjacielskich relacji pomiędzy kobietami nadzwyczaj skomplikowałyby

zostać zakwalifikowane jedynie pod dyspozycję § 175b<sup>39</sup>. W homoseksualizmie kobiet generalnie nie widziano zagrożenia dla „zdolności reprodukcyjnych narodu niemieckiego”<sup>40</sup>. Zdarzali się jednak prawnicy, jak choćby Rudolf Klare, którzy definiowali homoseksualizm jako „rasowe wynaturzenie” czy „rasowy upadek” i postulowali kryminalizację kobiecych zachowań homoseksualnych, gdyż lesbijki miały rzekomo „uwodzić” heteroseksualne kobiety i uniemożliwiać im w ten sposób spełnianie „narodowych powinności”, czyli płodzenia i wychowywania dzieci<sup>41</sup>. W obozach koncentracyjnych homoseksualni mężczyźni byli oznaczani różowym trójkątem, natomiast lesbijki były zwykle znakowane czarnym trójkątem – wspólnym dla kategorii więźniów społecznych<sup>42</sup>.

Po wyzwoleniu przez aliantów obozów koncentracyjnych na terenie Rzeszy osoby homoseksualne (oznaczane różowym trójkątem) nie zostały z nich zwolnione. Przetransportowano je do więzień w celu odbycia pozostałej części kary<sup>43</sup>.

W Republice Federalnej Niemiec § 175, 175a i 175b utrzymane zostały do 1969 r. Natomiast w Niemieckiej Republice Demokratycznej uchylono treść § 175, co było spowodowane przyjęciem 12 stycznia 1968 r. nowego Kodeksu karnego<sup>44</sup>.

Próbą ponownego zmierzenia się z zagadnieniem homoseksualizmu stał się projekt Kodeksu karnego IV rządu Konrada Adenauera z 1962 r.<sup>45</sup> Z jednej strony wskazywano w nim, że homoseksualizm jest instynktem, którego pełna kontrola jest niemożliwa. Podważało to więc konieczność zastosowania w takim przypad-

---

ustalenie stanu faktycznego, jak i zwiększyłyby niebezpieczeństwo bezpodstawnych donosów i dochodzeń”. Podają za: C. Schoppman, *Czas maskowania...*, s. 165.

<sup>39</sup> A. Zinn, „*Aus dem Volkskörper entfernt*”?..., s. 283 i n.

<sup>40</sup> B. Piętka, *Więźniowie z różowym trójkątem...*, s. 30.

<sup>41</sup> R. Klare, *Zum Problem weiblichen Homosexualität*, „*Deutsches Recht*” 1938, nr 23–24, s. 503 i n.

<sup>42</sup> M. Boryśławska, *Homoseksualne ofiary nazizmu i ich miejsce w kulturze i pamięci*, „*In Gremio. Studia nad Historią, Kulturą i Polityką*” 2017, nr 11, s. 100; C. Schoppman, *Czas maskowania...*, s. 169.

<sup>43</sup> A. Wahl, *How Sexuality Changes Agency. Gay Men, Jews, and Transitional Justice* [w:] S. Buckley-Zistel, R. Stanley (red.), *Gender in Transitional Justice*, London 2012, s. 205.

<sup>44</sup> Jedynie § 151 tego kodeksu przewidywał karę pozbawienia wolności do lat 3 z możliwością warunkowego zawieszenia jej wykonania w stosunku do dorosłego, który dopuszcza się czynności seksualnych z osobą młodocianą tej samej płci: „Ein Erwachsener, der mit einem Jugendlichen gleichen Geschlechts sexuelle Handlungen vornimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Verurteilung auf Bewährung bestraft”. Młodocianym (*Jugendlicher*) była osoba powyżej 14, ale poniżej 18 lat – § 65 ust. 2: „Jugendlicher im Sinne der Strafgesetze ist, wer über vierzehn, aber noch nicht achtzehn Jahre alt ist”. Natomiast dziecko (*Kind*) to osoba, która nie ukończyła 14 lat – § 148 ust. 5: „Kind im Sinne dieses Gesetzes ist, wer noch nicht vierzehn Jahre alt ist”. Dla obydwu tych kategorii przewidziana była odrębna prawnokarna ochrona. Zob. <https://www.verfassungen.de/ddr/strafgesetzbuch68.htm> [dostęp: 3.03.2020].

<sup>45</sup> *Entwurf eines Strafgesetzbuches StGB – E 1962*, <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/04/006/0400650.pdf> [dostęp: 23.02.2020], s. 375–380.

ku kary pozbawienia wolności, gdyż byłaby ona nieskuteczna i z pewnością nie wywołałaby efektu odstraszającego. Ponadto kara ta nie tylko nie spowodowałaby zmian w zachowaniu sprawcy i kontroli przez niego swoich skłonności, ale mogłaby doprowadzić do przyzwyczajania się do nich. Zwracano też uwagę, że państwo nie ma prawa potępiać prawnokarnie czynów, które choć obrażają moralność, to jednak są podejmowane dobrowolnie i nie prowadzą do naruszenia żadnych dóbr prawnych, które domagałyby się ochrony. Konstatacja ta nabiera szczególnego znaczenia wobec stwierdzenia, że nawet dobrowolne leczenie psychoterapeutyczne jest nieskuteczne, co potwierdza większość towarzystw medycznych w Niemczech. Kryminalnopolityczna potrzeba ukarania powinna ograniczyć się do zachowań cechujących się przemocą i przymusem oraz wykorzystaniem stosunku zależności. Ochronie powinny podlegać wyłącznie osoby do 21. roku życia.

Z drugiej strony, projekt podtrzymywał decyzję o kryminalizacji stosunków nieheteroseksualnych, odwołując się do opinii prezentowanej przez „zdecydowaną większość ludności niemieckiej”, iż homoseksualizm jest zasługującym na potępienie wynaturzeniem, które może zniszczyć poczucie moralności. Wskazywano, że uchylenie § 175 w zakresie, w jakim odnosi się on do zgodnej relacji pomiędzy dorosłymi mężczyznami, nie spowoduje zaniku społecznego ostracyzmu. Akcentowano też, że prawo karne chroni szczególne dobra prawne, co nie wyklucza jednak możliwości ukarania niektórych zachowań (szczególnie nagannych etycznie), które zgodnie z powszechnym przekonaniem są haniebne, i to nawet w sytuacji, gdy czyn nie narusza bezpośrednio żadnego dobra prawnego. Twierdzono również (nie podając jednak źródła), że tam, gdzie stosunki seksualne pomiędzy osobami tej samej płci miały miejsce na dużą skalę, dochodziło do degeneracji ludności i spadku jej siły moralnej.

W projekcie zauważono, że ze względu na stosowaną reakcję karnoprawną ze strony państwa osoby homoseksualne skupiają się w różnych organizacjach, także o charakterze tajnym, których celem jest wzajemne udzielanie sobie pomocy. Ruchy te postrzegano jako zagrożenie dla społeczeństwa.

Ostatecznie w projekcie wyróżniono:

- nierząd ze zwierzęciem (*Unzucht mit Tieren* – § 219<sup>46</sup>), zgodnie z którym każdy, kto dopuszcza się czynu podobnego do stosunku płciowego ze zwierzęciem, podlega karze więzienia do lat 2;
- nierząd pomiędzy mężczyznami (*Unzucht zwischen Männern* – § 216<sup>47</sup>)
- karę więzienia do 3 lat przewidywano albo za „stosunek podobny do stosunku

<sup>46</sup> „Wer mit einem Tier eine beischlafähnliche Handlung vornimmt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft”.

<sup>47</sup> „(1) Mit Gefängnis bis zu drei Jahren wird bestraft 1. ein Mann, der mit einem anderen Mann eine beischlafähnliche Handlung vornimmt, 2. ein Mann über einundzwanzig Jahre, der mit einem Mann unter einundzwanzig Jahren Unzucht treibt oder der absichtlich vor einem solchen Mann Un-

plciowego” pomiędzy mężczyznami (wiek nie był tu istotny), albo za nierząd lub naoczne uprawianie nierządu na sobie lub z innym mężczyzną, przy czym projektodawca wskazał dwie granice wiekowe – mężczyzna powyżej 21 lat z mężczyzną poniżej 21 lat oraz mężczyzna powyżej 18 lat z mężczyzną poniżej 21 lat. Sąd mógł odstąpić od wymierzenia kary w odniesieniu do sprawcy, który w chwili popełnienia czynu nie ukończył 21 lat;

– ciężki nierząd pomiędzy mężczyznami (*Schwere Unzucht zwischen Männern* – § 217<sup>48</sup>), karę nie mniejszą niż 6 miesięcy więzienia przewidywano wobec: mężczyzny, który wykorzystując zależność opartą na stosunku służbowym, stosunku pracy lub stosunku podporządkowania, doprowadza innego mężczyznę do dokonania z nim lub z innym mężczyzną nierządu, albo wobec mężczyzny w wieku powyżej 21 lat, który uwodzi mężczyznę w wieku poniżej 21 lat do uprawiania czynu nierządowego z nim lub z innym mężczyzną, albo wobec mężczyzny, który w celach zarobkowych uprawia czyn nierządny albo oferuje się innemu mężczyźnie do takiego czynu. Usiłowanie wskazanych zachowań miało być karalne.

Zgodnie z zasadą określoności zróżnicowanie zachowań sprawczych na syntetyczny „nierząd” (*Unzucht*) i opisowe „działanie podobne do stosunku plciowego” (*beischlafähnlichen Handlung*) było zabiegiem wątpliwym.

Proces częściowej depenalizacji rozpoczął się dopiero reformą prawa karnego z 1969 r. 1 września tego roku uchylono treść § 175a i 175b, pozostawiając jedynie § 175<sup>49</sup> o nieco zmodyfikowanej treści. Karze więzienia podlegał zatem: 1. mężczyzna powyżej 18. roku życia, który uprawia nierząd z innym mężczyzną, który ma poniżej 21 lat, lub pozwala się wykorzystać przez niego do takiego czynu; 2. mężczyzna, który wykorzystując zależność opartą na stosunku służbowym,

---

zucht an sich selbst oder mit einem anderen Mann treibt, oder 3. ein Mann über achtzehn Jahre, der einen Mann unter einundzwanzig Jahren dazu bestimmt, daß er mit ihm oder einem anderen Mann oder vor ihm an sich selbst Unzucht treibt. (2) Bei einem Beteiligten, der zur Zeit der Tat noch nicht einundzwanzig Jahre alt war, kann das Gericht von Strafe absehen”.

<sup>48</sup> „(1) Mit Gefängnis nicht unter sechs Monaten wird bestraft 1. ein Mann, der unter Ausnutzung einer durch ein Dienst-, Arbeits- oder Unterordnungsverhältnis begründeten Abhängigkeit einen Mann dazu bestimmt, daß er mit ihm oder einem anderen Mann Unzucht treibt, 2. ein Mann über einundzwanzig Jahre, der einen Mann unter einundzwanzig Jahren dazu verführt, mit ihm oder einem anderen Mann Unzucht zu treiben, oder 3. ein Mann, der gewerbsmäßig mit einem anderen Mann Unzucht treibt oder sich dazu anbietet. (2) Der Versuch ist strafbar”.

<sup>49</sup> „(1) Mit Gefängnis wird bestraft 1. ein Mann über achtzehn Jahre, der mit einem anderen Mann unter einundzwanzig Jahren Unzucht treibt oder sich von ihm zur Unzucht mißbrauchen läßt, 2. ein Mann, der einen anderen Mann unter Mißbrauch einer durch ein Dienst-, Arbeits- oder Unterordnungsverhältnis begründeten Abhängigkeit bestimmt, mit ihm Unzucht zu treiben oder sich von ihm zur Unzucht mißbrauchen zu lassen, 3. ein Mann, der gewerbsmäßig mit Männern Unzucht treibt oder von Männern sich zur Unzucht mißbrauchen läßt oder sich dazu anbietet. (2) In den Fällen des Absatzes 1 Nr. 2 ist der Versuch strafbar. (3) Bei einem Beteiligten, der zur Zeit der Tat noch nicht einundzwanzig Jahre alt war, kann das Gericht von Strafe absehen”. Zob. T. Fuchs, *Strafgesetzbuch...*, s. 820.

stosunku pracy lub stosunku podporządkowania, doprowadza innego mężczyznę do uprawiania czynu nierządnego lub do tego, żeby ten pozwolił się wykorzystać do takiego czynu; 3. mężczyzna, który w celach zarobkowych uprawia czyn nierządny z innymi mężczyznami, pozwala się przez nich wykorzystać do takiego czynu albo go proponuje. W przypadku, o jakim mowa w pkt 2, usiłowanie takiego czynu było karalne. Jeżeli osoba biorąca udział w czynie w chwili jego popełnienia nie ukończyła 21 lat, sąd mógł odstąpić od wymierzenia kary.

1 kwietnia 1970 r. sformułowanie „karze więzienia” (*Gefängnis*) zastąpiono określeniem „karze pozbawienia wolności do lat 5” (*Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren*). Była to jednak zmiana czysto redakcyjna, związana z reformą istniejących środków penalnych, w tym ich nazw. Ustawowy wymiar kary pozostawał bowiem niezmieniony.

Krytyczną ocenę dokonanej modyfikacji wyraził m.in. Helmut Ostermeyer. Wskazał on na absurd polegający na tym, że jeżeli dwóch mężczyzn dobrowolnie dopuszcza się zachowań homoseksualnych, to zgodnie z nową treścią § 175 powinni oni zaprzestać tych zachowań między 18. a 21. rokiem życia, zaś po tym czasie mogą do nich powrócić, gdyż jedynie w tym okresie są one karalne<sup>50</sup>.

Zasadnicze zmiany dokonały się w listopadzie 1973 r., kiedy przyjęto całkiem nową redakcję § 175<sup>51</sup>. Czynność sprawcza nie była już określana jako „nierząd” (*Unzucht*), ale jako zachowanie seksualne (*sexuelle Handlungen*). Karze do 5 lat pozbawienia wolności albo karze grzywny podlegał mężczyzna w wieku powyżej 18 lat, który podejmuje zachowania seksualne z mężczyzną poniżej 18 lat lub pozwala takiej osobie na podjęcie z nim takich czynności. Sąd mógł odstąpić od wymierzenia kary, jeżeli sprawca w chwili popełnienia czynu nie miał ukończonych 21 lat lub uwzględniając zachowanie osoby, przeciwko której czyn jest skierowany, jeżeli bezprawie tego czynu było niewielkie.

Kształt tej typizacji wskazuje, że ustawodawca niemiecki hołdował dwóm rozpowszechnionym wówczas koncepcjom psychologicznym mówiącym, że homoseksualizm rozprzestrzenia się spontanicznie z uwagi na uwodzenie przez dorosłych mężczyzn nastoletnich chłopców<sup>52</sup>. Pierwsza z nich, zwana teorią wdrukowania (*Prägungstheorie*), głosi, że u niektórych młodych zwierząt w ściśle określonym momencie rozwoju osobniczego następuje utrwalenie (niepodlegające

<sup>50</sup> H. Ostermeyer, *Ist der neue § 175 StGB verfassungswidrig?*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 1969, nr 7, s. 154 i n.

<sup>51</sup> „(1) Ein Mann über achtzehn Jahre, der sexuelle Handlungen an einem Mann unter achtzehn Jahren vornimmt oder von einem Mann unter acht- zehn Jahren an sich vornehmen läßt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Das Gericht kann von einer Bestrafung nach dieser Vorschrift absehen, wenn 1. der Täter zur Zeit der Tat noch nicht einundzwanzig Jahre alt war oder 2. bei Berücksichtigung des Verhaltens desjenigen, gegen den sich die Tat richtet, das Unrecht der Tat gering ist”. Zob. T. Fuchs, *Strafgesetzbuch...*, s. 818.

<sup>52</sup> T. Stephan, *Sexueller Mißbrauch von Jugendlichen*, Marburg 2002, s. 23 i n.



modyfikacji) wzorca swojego rodzica. Reakcja na bodziec zostaje na stałe włączona do repertuaru behawioralnego i ma jedynie pozór tego, że jest cechą wrodzoną<sup>53</sup>. Jednakże już w 1966 r. Joseph Altman podnosił, że obserwuje się wprawdzie przeniesienie afektu seksualnego na podmiot będący „rodzicem” u osobników, u których wystąpiła „reakcja piętna”, jednak zaznaczał przy tym, że konstatacja ta jest oparta na obserwacjach młodych osobników, które przebywały z przybranymi rodzicami przez dłuższy czas<sup>54</sup>. W późniejszym piśmiennictwie zaczęto posługiwać się pojęciem seksualnego wdrukowania. Jest to proces, w którym nauka preferencji partnera odbywa się poprzez bezpośrednią obserwację fenotypu innego członka populacji – najczęściej rodzica – będącego wzorcem, modelem<sup>55</sup>. W przypadku człowieka kształtowanie się osobniczych preferencji seksualnych jest rozłożone w czasie i nie ma ostro wyznaczonego okresu krytycznego<sup>56</sup>. W psychologii brak jest jednoznacznych i niebudzących wątpliwości badań dotyczących występowania zjawiska wdrukowania seksualnego u ludzi<sup>57</sup>.

Druga koncepcja to teoria uwiedzenia (*Verführungstheorie*) Zygmunta Freuda. Okazała się ona jednak wątpliwą hipotezą badawczą, a jej autor, który początkowo uważał, że stłumiona pamięć o doświadczeniach seksualnych lub molestowaniu z wczesnego dzieciństwa jest niezbędnym warunkiem wstępnym wystąpienia nerwic i innych problemów psychicznych, ostatecznie porzucił swoje badania, stwierdzając, że wspomnienia pacjentów o molestowaniu seksualnym były w rzeczywistości wymyślonymi fantazjami<sup>58</sup>. Teoria ta posłużyła jednak do wyjaśnienia powstawania orientacji homoseksualnej – jej przyczyną miało być uwiedzenie

<sup>53</sup> Jako dowód tej teorii podaje się tzw. eksperyment gęsiej mamy: w czasie kilku godzin zaraz po wylęgu pisklęta gęsi podążają za pierwszym dużym obiektem, który napotkają na swojej drodze, którym niekoniecznie musi być gęś, ale np. człowiek. Takie pisklę przywiązuje się do swojej „matki” i nie jest w stanie rozpoznać dorosłego osobnika swojego gatunku. Zob. J. Altman, *Biologiczne podstawy zachowania*, Warszawa 1966, s. 357–363; E.H. Hess, *Imprinting. Early experience and the developmental psychobiology of attachment*, New York 1973, s. 65 i n.; K. Lorenz, *Vergleichende Verhaltensforschung. Grundlagen der Ethologie*, Wien 1987, s. 222 i n.

<sup>54</sup> J. Altman odwołał się tu do pracy J. Nicolai, *Zur Biologie und Ethologie des Gimpels (Pyrrhula pyrrhula L.)* D. 77 („Zeitschrift für Tierpsychologie” 1956, t. 13, nr 1, s. 93 i n.), z której wynika, że „u gilów nieodwracalna fiksacja seksualna nie zachodzi dopóty, dopóki młode ptaki nie opuszczą gniazd, kiedy to przypuszczalnie zaczyna się ich dojrzewanie seksualne”. Zob. J. Altman, *Biologiczne podstawy...*, s. 371.

<sup>55</sup> M.A. Gómez-Llano, E.M. Navarro-López, R.T. Gilman, *The coevolution of sexual imprinting by males and females*, „Ecology and Evolution” 2016, nr 19, s. 7113 i n.; D.E. Irwin, T. Price, *Sexual imprinting, learning and speciation*, „Heredity” 1999, nr 82, s. 347 i n.

<sup>56</sup> M. Zielona-Jenek, *Preferencje seksualne i związane z nimi zaburzenia. W stronę rozszerzonego modelu opisu*, „Psychiatria Polska” 2018, nr 6, s. 1067 i n.

<sup>57</sup> H.J. Boshof, *Sexual Imprinting* [w:] M.K. Skinner, J.R. McCarrey, W. Yan (red.), *Encyclopedia of Reproduction*, t. 3: *Gametogenesis, Fertilization and Early Development*, Amsterdam 2018, s. 270 i n.

<sup>58</sup> J.M. Quinodoz, *Sigmund Freud. An Introduction*, London – New York 2018, s. 13 i n.

dziecka przez osobę tej samej płci, czasami przy użyciu przemocy. Orientacja homoseksualna służy w tym przypadku odzyskaniu męskości lub kobiecości, które zostały unicestwione traumatycznymi wydarzeniami z przeszłości<sup>59</sup>. Teoria ta nie znajduje potwierdzenia we współczesnych badaniach, nie można bowiem doszukać się powiązania między orientacją seksualną a przemocą doświadczoną w dzieciństwie. Przemoc seksualna może natomiast powodować zaburzenia psychiczne i trudności społeczne<sup>60</sup>.

Nowa redakcja § 175 pozostawiła poza zakresem kryminalizacji zachowania seksualne podejmowane przez lesbijki. Ich czyny mogły zostać zaklasyfikowane jedynie pod dyspozycję § 182<sup>61</sup> niemieckiego Kodeksu karnego, który sankcjonował karą pozbawienia wolności do roku lub karą grzywny zachowanie każdego, kto uwodzi do odbycia stosunku seksualnego dziewczynę, która nie osiągnęła wieku 16 lat. Przestępstwo to było ścigane na wniosek, ale jeśli sprawca poślubił uwiedzioną kobietę – było to niemożliwe. Jeśli sprawca w chwili popełnienia czynu nie miał ukończonych 21 lat, sąd mógł odstąpić od wymierzenia kary<sup>62</sup>.

Po zjednoczeniu Niemiec 31 maja 1994 r. Bundestag uchwalił poprawkę do Kodeksu karnego znoszącą § 175<sup>63</sup>. Był to jednak dopiero początek kolejnych decyzji legislacyjnych<sup>64</sup>. Po pierwsze, 23 lipca 2002 r. na mocy poprawki<sup>65</sup> do ustawy o unieważnieniu nazistowskich bezprawnych wyroków w sprawach karnych (NS-AufhG)<sup>66</sup> dodano jako podstawy prawne § 175 i 175a, co spowodowało uchylenie orzeczeń wobec sprawców wskazanych czynów.

<sup>59</sup> I. Janicka, M. Kwiatkowski, *Homoseksualizm męski i kobiecy w perspektywie psychologicznej*, Warszawa 2016, s. 109–112.

<sup>60</sup> Ibidem, s. 112.

<sup>61</sup> W pierwotnej wersji przepis ten sankcjonował karą do roku więzienia każdego, kto uwodzi w celu odbycia stosunku seksualnego dziewczynę o nieposzlakowanej opinii, która nie osiągnęła wieku 16 lat. Ściganie odbywało się na wniosek rodziców lub opiekuna osoby uwiedzionej: „(1) Wer ein unbescholtenes Mädchen, welches das sechzehnte Lebensjahr nicht vollendet hat, zum Beischlaf verführt, wird mit Gefängniß bis zu einem Jahre bestraft. (2) Die Verfolgung tritt nur auf Antrag der Eltern oder des Vormundes der Verführten ein”. Zob. T. Fuchs, *Strafgesetzbuch...*, s. 862.

<sup>62</sup> „(1) Wer ein Mädchen unter sechzehn Jahren dazu verführt, mit ihm den Beischlaf zu vollziehen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. (2) [1] Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt. [2] Die Verfolgung der Tat ist ausgeschlossen, wenn der Täter die Verführte geheiratet hat. (3) Bei einem Täter, der zur Zeit der Tat noch nicht einundzwanzig Jahre alt war, kann das Gericht von einer Bestrafung nach dieser Vorschrift absehen”. Ibidem, s. 861.

<sup>63</sup> K. Laubenthal, *Handbuch Sexualstraftaten. Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, Berlin – Heidelberg 2012, s. 16 i n.

<sup>64</sup> M. Burgi, D. Wolff, *Rehabilitierung der nach § 175 StGB verurteilten homosexuellen Männer. Auftrag, Optionen und verfassungsrechtlicher Rahmen*, Baden-Baden 2016.

<sup>65</sup> Bundesgesetzblatt Jahrgang 2002, nr 51, s. 2714.

<sup>66</sup> Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege, <https://www.gesetze-im-internet.de/ns-aufhg/BJNR250110998.html> [dostęp: 3.03.2020].

Po drugie, 17 lipca 2017 r. parlament niemiecki przyjął ustawę o rehabilitacji osób skazanych wyrokiem karnym po 8 maja 1945 r. za podejmowanie dobrowolnych czynów homoseksualnych (StrRehaHomG)<sup>67</sup>. Zasadniczo ustawodawca uważał stanął na stanowisku, że dobrowolne czyny pomiędzy osobami tej samej płci (podstawy prawne skazania są enumeratywnie wyliczone w § 1 tej ustawy) uprawniają do ubiegania się o odszkodowanie, chyba że dokonane zostały na osobach, które w chwili czynu nie miały ukończonych 16 lat. Po stwierdzeniu uchYLENIA wyroku dokonanego przez prokuraturę i wydaniu stosownego zaświadczenia (§ 3) osoba rehabilitowana ma prawo do rekompensaty w wysokości 3000 euro za unieważniony wyrok i 1500 euro za każdy rozpoczęty rok pozbawienia wolności. Roszczenie to nie podlega zajęciu, jest nieprzenoszalne i niedziedziczne (§ 5). Wniosek o odszkodowanie można złożyć do 22 lipca 2022 r., do Federalnego Urzędu Sprawiedliwości (Bundesamt für Justiz), który wylicza kompensatę i wydaje akt administracyjny (§ 6).

Po trzecie, 16 lutego 2001 r. uchwalono ustawę o rejestrowych związkach partnerskich (LPartG)<sup>68</sup>, umożliwiającą osobom tej samej płci zawarcie takiego związku. Natomiast z dniem 1 października 2017 r. zmodyfikowano<sup>69</sup> treść § 1353 ust. 1 zd. 1<sup>70</sup> niemieckiego Kodeksu cywilnego. Zmiana ta daje możliwość zawarcia związku małżeńskiego pomiędzy osobami tej samej płci. Regulacja z Kodeksu cywilnego zastąpiła postanowienia ustawy o rejestrowych związkach partnerskich<sup>71</sup>.

## KRYMINALIZACJA ZACHOWAŃ HOMOSEKSUALNYCH W AUSTRII

Wśród źródeł prawa karnego obowiązujących w monarchii Habsburgów warto zwrócić uwagę na kilka dokumentów. Pierwszym z nich jest *Constitutio Criminalis Theresiana* z 1769 r.<sup>72</sup>, która w art. 74 regulowała przestępstwo nieczystości

<sup>67</sup> Gesetz zur strafrechtlichen Rehabilitierung der nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Personen, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2017, Teil I, nr 48, s. 2443–2445.

<sup>68</sup> Das Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft – Bundesgesetzblatt Jahrgang 2001, Teil I, nr 9, s. 266 i n.

<sup>69</sup> Bundesgesetzblatt Jahrgang 2017, Teil I, nr 52, s. 2787.

<sup>70</sup> Do 2017 r. w zd. 1 wskazywano jedynie, że małżeństwo jest związkiem zawierany na całe życie: „Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen”. Po zmianie akcentuje się, że małżeństwo jest związkiem osób tej samej lub odmiennej płci, zawierany na całe życie: „Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen”. Zob. <https://lexetius.com/BGB/1353> [dostęp: 3.03.2020].

<sup>71</sup> Szerzej: S. Gürbüz, *Homosexualität im Spiegel der rechtsgeschichtlichen Entwicklung. Eine kritische Analyse*, „Freiburger Zeitschrift für GeschlechterStudien” 2016, nr 1, s. 99 i n.

<sup>72</sup> <https://www.dbc.wroc.pl/dlibra/publication/16359/edition/14430> [dostęp: 3.03.2020]. Tekst ordynacji transkrybowany na pismo szeryfowe podaje J.K. Kirchknopf, *Die Verfolgung weiblicher Homosexualität in Wien während der NS-Zeit. Rechtshistorische und quantitative Perspektiven. Diplomarbeit*, Wien 2012, s. 151 i n.

przeciwko naturze (*Unkeuschheit wider die Natur*). Cesarska ordynacja była ściśle wzorowana na *Constitutio Criminalis Carolina*, lecz jej postanowienia były o wiele bardziej szczegółowe. Inkryminowane zachowanie określone było jako „obrzydliwy występki nierządu przeciw naturze” (*abscheuliche Laster der Unzucht wider die Natur*) lub „grzech sodomitów” (*sodomitische Sünd*). Dotyczył on stosunków: mężczyzny z bydłem albo z martwym ciałem oraz mężczyzny z mężczyzną, kobiety z kobietą, jak również kobiety z mężczyzną, jeśli takim nierządem zostanie naruszony porządek natury. Karalnością objęta była także masturbacja<sup>73</sup>. Opisane czyny karane były śmiercią poprzez ścięcie lub spalenie na stosie. Sąd mógł wymierzyć karę łagodniejszą, jeśli sprawcą była osoba w młodym wieku lub czyn został popełniony z ignorancji lub głupoty albo jeśli sprawca okazał żal z powodu popełnionego czynu<sup>74</sup>.

Zakres penalizacji uległ zmianie wraz z przyjęciem Powszechnego kodeksu karnego o zbrodniach i karach (*Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung*), zwanym Józefiną (*Josephina*), który obowiązywał od 1787 r. W § 71<sup>75</sup> zastosowano zupełnie inny opis czynu, odwołując się tym razem do obrazy rodzaju ludzkiego. Zakazane zachowania obejmowały występkę z bydłem oraz kontakty cielesne z osobą tej samej płci, co stanowiło przestępstwo polityczne. Zgodnie z postulatami humanitarystów sankcją karną nie była już kara śmierci, lecz kara więzienia połączona z obowiązkową pracą i chłostą<sup>76</sup>. Zmiana reakcji prawnokarnej okazywała się jednak pozorna, gdyż w ramach wykonywanej pracy karę tę często zastrzano, nakazując skazanym holować barki po Dunaju<sup>77</sup>.

Zakres kryminalizacji utrzymany został w kolejnej ustawie karnej z 1803 r., tj. w Księdze ustaw na zbrodnie i ciężkie policyjne przestępstwa (*Strafgesetz über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen*) zwanej Franciszkaną (*Franciscana*), choć opis zawarty w § 113<sup>78</sup> był bardzo syntetyczny i wskazywał, że za przestępstwo

<sup>73</sup> Przy czym widać, że opis tej czynności sprawił kodyfikatorom pewien kłopot, dlatego po przestano na dość rozbudowanym stwierdzeniu: „gewissermassen auch die von Jemanden allein begehend-widernatürliche Unkeuschheiten zu rechnen sind”.

<sup>74</sup> N. Spindler, *Die Behandlung der Homosexualität in der österreichischen Presse. Von der Legalisierung 1971 bis zum Beschluss der gleichgeschlechtlichen Ehe 2017*, Norderstedt 2019, s. 7; B.S. Traunsteiner, *Gleichgeschlechtlich liebende Frauen im Alter. Intersektionalität, Lebenslagen und Antidiskriminierungsempfehlungen*, Wiesbaden 2018, s. 74.

<sup>75</sup> „Wer die Menschheit in dem Grade abwürdiget, um sich mit einem Viehe, oder mit seinem eigenen Geschlechte fleischlich zu vergehen, macht sich eines politischen Verbrechens schuldig”. Zob. J.K. Kirchknopf, *Die Verfolgung...*, s. 151.

<sup>76</sup> N. Spindler, *Die Behandlung...*, s. 7.

<sup>77</sup> Śmiertelność skazanych w trakcie wykonywania tej katorzniczej pracy w latach 1784–1789 wynosiła 61,7%. Zob. M. Moras, *Reformy Józefa II (1780–1790) a rządy prawa*, „Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego” 2013, nr 16, s. 145.

<sup>78</sup> „Als Verbrechen werden auch nachstehende Arten der Unzucht bestraft: I. Unzucht gegen die Natur”. Zob. J.K. Kirchknopf, *Die Verfolgung...*, s. 150.

zostanie uznany również nierząd przeciw naturze. Z mocy § 114<sup>79</sup> kryminalizowane zachowanie zagrożone było karą ciężkiego więzienia (*Kerker*) od 6 do 12 miesięcy.

W Kodeksie karnym z 27 maja 1852 r., w § 129<sup>80</sup> znajdujemy taki oto opis czynu zabronionego: „Jako zbrodnie ukarane będą także następujące rodzaje nierządu: I. nierząd przeciwny naturze, a to a) ze zwierzęciem, b) z osobą jednej płci”<sup>81</sup>. Karą za ten czyn co do zasady było ciężkie więzienie od roku do 5 lat. Podlegało ono jednak zaostreniu w wymiarze od 5 do 10 lat, jeżeli sprawca działa „przez niebezpieczeństwo zagrożenia, przez rzeczywiste użycie gwałtu lub przez podstępne odurzenie zmysłów”. Ponadto jeżeli „gwałt zrzucił znaczny uszczerbek na zdrowiu albo nawet i na życiu zgwałconej”, to wówczas wymiar kary wynosił od 10 do 20 lat, jeśli jednak doszłoby do śmierci zgwałconej, karą było dożywotnie ciężkie więzienie<sup>82</sup>.

Po dokonaniu przez Hitlera Anschlussu 12 marca 1938 r. stan prawny w Republice Austrii nie uległ zmianie – podstawą represji był wspomniany już § 129, lecz wykładany „w duchu praktyki Rzeszy”. Co ważne, konstrukcja przepisu pochodzącego z ustawy austriackiej dawała możliwość pociągania do odpowiedzialności karnej kobiet, czego nie przewidywał § 175 niemieckiego Kodeksu karnego<sup>83</sup>.

Podobnie jak w powojennych Niemczech, homoseksualistom odmawiano uznania za ofiary narodowego socjalizmu aż do 2005 r.<sup>84</sup>, kiedy zostali oni włączeni do grupy ofiar prześladowania politycznego, o jakich mowa w ustawie z 4 lipca 1947 r. o opiece nad ofiarami walki o wolną, demokratyczną Austrię i ofiarami prześladowań politycznych (*Opferfürsorgegesetz*)<sup>85</sup>. Ponadto osoby nieheteronormatywne po zwolnieniu z obozów koncentracyjnych musiały kontynuować wykonywanie kary

<sup>79</sup> „Die Strafe ist Kerker zwischen sechs Monathen und einem Jahre”. Ibidem.

<sup>80</sup> „Als Verbrechen werden auch nachstehende Arten der Unzucht bestraft: I. Unzucht wider die Natur, das ist a) mit Thieren; b) mit Personen desselben Geschlechts”. Ibidem, s. 147.

<sup>81</sup> *Powszechna ustawa karna austriacka z dnia 27 maja 1852 r. z późniejszymi ustawami i rozporządzeniami, tudzież orzeczeniami c.k. Trybunału najwyższego. Część pierwsza. O zbrodniach. § 1–232*, Kraków 1880, s. 98 i n.

<sup>82</sup> § 130: „Die Strafe ist schwerer Kerker von einem bis zu fünf Jahren. Wenn sich aber im Falle der lit. b) eines der im §. 125 erwähnten Mittel bedient wurde, so ist die Strafe von fünf bis zu zehn Jahren, und wenn einer der Umstände des §. 126 eintritt, auch die dort bestimmte Strafe zu verhängen”. Zob. J.K. Kirchknopf, *Die Verfolgung...*, s. 148; *Powszechna ustawa karna austriacka...*, s. 97–99.

<sup>83</sup> B.S. Traunsteiner, *Gleichgeschlechtlich liebende Frauen...*, s. 77–79; C. Schoppman, *Czas maskowania...*, s. 164.

<sup>84</sup> Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich 2005, nr 86, [https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA\\_2005\\_I\\_86/BGBLA\\_2005\\_I\\_86.pdf](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2005_I_86/BGBLA_2005_I_86.pdf) [dostęp: 3.03.2020].

<sup>85</sup> Bundesgesetz vom 4. Juli 1947 über die Fürsorge für die Opfer des Kampfes um ein freies, demokratisches Österreich und die Opfer politischer Verfolgung – <https://www.ris.bka.gv.at/Gelten-deFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10008113> [dostęp: 3.03.2020].

w więzieniach austriackich, a wyniki dochodzeń policyjnych prowadzonych przez nazistów były nadal wykorzystywane jako dowody przeciwko takim osobom<sup>86</sup>.

Sytuacja prawna osób homoseksualnych uległa zmianie w 1971 r., kiedy dokonano się tzw. mała reforma prawa karnego (*Kleine Strafrechtsreform*<sup>87</sup>). Wówczas zmieniono treść § 129<sup>88</sup>. Przestępstwem był nierząd pomiędzy osobami tej samej płci (męskiej), gdzie sprawcą była osoba powyżej 18. roku życia, a pokrzywdzonym osoba poniżej 18. roku życia. Złagodzony został także wymiar kary – od 6 miesięcy do 5 lat<sup>89</sup>. Dekryminalizacji uległy zatem czyny homoseksualne praktykowane pomiędzy dorosłymi osobami.

Na skutek nacisków środowisk konserwatywnych i katolickich<sup>90</sup> w nowym austriackim Kodeksie karnym z 23 stycznia 1974 r.<sup>91</sup> pojawiły się cztery typizacje, które poważnie piętnowały osoby homoseksualne i były przejawem ich głębokiej dyskryminacji.

Zasadniczo treść dawnego § 129 przeniesiona została do § 209<sup>92</sup> nowej ustawy karnej. Przepis ten stanowił, że osoba płci męskiej, która po ukończeniu 18. roku życia uprawia nierząd z młodocianym tej samej płci, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 5 lat<sup>93</sup>. Osobą młodocianą była osoba po ukończeniu 14., a przed osiągnięciem 18. roku życia<sup>94</sup>.

Jednakże już w § 210<sup>95</sup> kryminalizacji poddano homoseksualną prostytutkę: osoba płci męskiej, która zarobkowo uprawia nierząd z osobą tej samej płci lub do

---

<sup>86</sup> B.S. Traunsteiner, *Gleichgeschlechtlich liebende Frauen...*, s. 80.

<sup>87</sup> Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich 1971, nr 273, [https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1971\\_274\\_0/1971\\_274\\_0.pdf](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1971_274_0/1971_274_0.pdf) [dostęp: 3.03.2020].

<sup>88</sup> „Als Verbrechen werden auch nachstehende Arten der Unzucht bestraft: I. Gleichgeschlechtliche Unzucht einer Person männlichen Geschlechtes, die das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, mit einer Person, die das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat”.

<sup>89</sup> „§ 130 Die Strafe ist Kerker von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Hat sich der Täter aber eines der im § 125 erwähnten Mittel bedient, so ist die Strafe schwerer Kerker von fünf bis zu zehn Jahren”.

<sup>90</sup> B.S. Traunsteiner, *Gleichgeschlechtlich liebende Frauen...*, s. 80.

<sup>91</sup> Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich 1974, nr 60, [https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1974\\_60\\_0/1974\\_60\\_0.pdf](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1974_60_0/1974_60_0.pdf) [dostęp: 3.03.2020].

<sup>92</sup> „Eine Person männlichen Geschlechtes, die nach Vollendung des achtzehnten Lebensjahres mit einer jugendlichen Person gleichgeschlechtliche Unzucht treibt, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen”.

<sup>93</sup> *Austriacki kodeks karny. Ustawa zwiqzkowa z dnia 23 stycznia 1974 r. o czynach zagroźonych karą sądową*, tłum. H. Holder, Warszawa 1980, s. 107.

<sup>94</sup> „§ 74: Im Sinn dieses Bundesgesetzes ist 2. jugendlich: wer das vierzehnte, aber noch nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat”.

<sup>95</sup> „Wer gewerbsmäßig gleichgeschlechtliche Unzucht mit einer Person männlichen Geschlechtes treibt oder sich zu solcher Unzucht anbietet, ist, sofern nicht gleichgeschlechtliche Unzucht mit Jugendlichen (§ 209) vorliegt, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen”.



takiego nierządu się oferuje, a nie zachodzi wypadek nierządu z młodocianym tej samej płci (§ 209), podlega karze pozbawienia wolności do 2 lat<sup>96</sup>.

Dalsze przepisy kodeksu wskazywały wyraźnie, że ustawodawca austriacki bardzo źle potraktował swoich homoseksualnych obywateli. Z kształtu norm prawnokarnych wynika bowiem, że tego rodzaju zachowania ciągle były tematem tabu.

W § 220<sup>97</sup> czytamy, że kto drukiem, w filmie, telewizji lub w inny sposób publicznie nawołuje do nierządu z osobami tej samej płci lub do nierządu ze zwierzętami albo pochwała go w sposób, który może zachęcić do takich czynów nierządnych, podlega karze, jeżeli nie grozi mu jako uczestnikowi czynu nierządnego (§ 12) kara surowsza, grzywny do 360 stawek dziennych<sup>98</sup>. Zachowania nieheteronormatywne ponownie zostały zatem zrównane z zoofilią.

Zahamowaniu możliwości tworzenia organizacji udzielających wsparcia osobom homoseksualnym służył natomiast § 221<sup>99</sup>, który nakładał karę pozbawienia wolności do 6 miesięcy lub karę grzywny do 360 stawek dziennych na tego, kto zakłada związek większej liczby osób, którego celem, chociażby niewyłącznym, jest ułatwianie nierządu z osobami tej samej płci i który może wywołać publiczne zgorszenie (naruszenie dobrych obyczajów), oraz kto jest członkiem takiego związku lub werbuje do niego członków<sup>100</sup>.

W 1988 r. minimalny wiek sprawcy § 209 podniesiony został z 18 do 19 lat<sup>101</sup>. Natomiast § 210 został usunięty z kodeksu w 1989 r., a § 220 i 221 w 1997 r. Pomimo rezolucji Parlamentu Europejskiego, a także apeli Rady Europy wzywających do eliminacji przepisów dyskryminujących osoby homoseksualne niższa izba parlamentu Austrii (Nationalrat) nie była w stanie uchylić § 209 – za i przeciw zagłosowało tyle samo deputowanych (91 : 91)<sup>102</sup>.

---

<sup>96</sup> *Austriacki kodeks karny...*, s. 107 i n.

<sup>97</sup> „Wer in einem Druckwerk, in einem Laufbild oder sonst öffentlich zur gleichgeschlechtlichen Unzucht oder zur Unzucht mit Tieren auffordert oder sie in einer Art gutheißt, die geeignet ist, solche Unzuchtshandlungen nahezu legen, ist, sofern er nicht als an der Unzuchtshandlung Beteiligter (§ 12) mit strengerer Strafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen”.

<sup>98</sup> *Austriacki kodeks karny...*, s. 110 i n.

<sup>99</sup> „Wer eine Verbindung einer größeren Zahl von Personen gründet, deren wenn auch nicht ausschließlicher Zweck es ist, gleichgeschlechtliche Unzucht zu begünstigen, und die geeignet ist, öffentliches Ärgernis zu erregen, ferner, wer einer solchen Verbindung als Mitglied angehört oder für sie Mitglieder wirbt ist, mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen”.

<sup>100</sup> *Austriacki kodeks karny...*, s. 111.

<sup>101</sup> Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich 1988, nr 599, [https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1988\\_599\\_0/1988\\_599\\_0.pdf](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1988_599_0/1988_599_0.pdf) [dostęp: 3.03.2020].

<sup>102</sup> B.S. Traunsteiner, *Gleichgeschlechtlich liebende Frauen...*, s. 81.

Eliminacja § 209 dokonała się dopiero z mocy wyroku austriackiego Trybunału Konstytucyjnego (Verfassungsgerichtshof) z 21 czerwca 2002 r.<sup>103</sup> Podobnie jak w Niemczech, problematyczne okazało się określenie granic wiekowych sprawcy i ofiary. Sąd zadający pytanie prawne wskazywał, że jeżeli dwie osoby współżyły ze sobą dobrowolnie przed 18. rokiem życia, to było to zachowanie bezkarne. Jednak karalność pojawia się w momencie ukończenia przez sprawcę 19 lat i ustaje z chwilą ukończenia przez ofiarę lat 18.

Trybunał potwierdził, że ustawodawca federalny posiada kompetencję do przyjmowania specjalnych środków w celu zapewnienia ochrony określonej kategorii podmiotów w sferze stosunków seksualnych. Prawo to obejmuje również ukształtowanie granic wiekowych, w których taka ochrona będzie przewidziana.

Derogacja § 209 uzasadniona została naruszeniem zasad równości i proporcjonalności. Sąd konstytucyjny zwrócił ponadto uwagę na rozbudowaną w austriackim Kodeksie karnym ochronę osób nieletnich (*unmündigen Person*)<sup>104</sup> w §§ 206<sup>105</sup> i 207<sup>106</sup>.

<sup>103</sup> [https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT\\_09979379\\_02G00006\\_00/JFT\\_09979379\\_02G00006\\_00.pdf](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_09979379_02G00006_00/JFT_09979379_02G00006_00.pdf) [dostęp: 3.03.2020].

<sup>104</sup> W ustawie brak było definicji legalnej. Jednakże skoro młodocianym była osoba powyżej 14. roku życia, to nieletnim musiała być osoba poniżej tej granicy wiekowej.

<sup>105</sup> „(1) Wer mit einer unmündigen Person den Beischlaf oder eine dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlung unternimmt, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen. (2) Ebenso ist zu bestrafen, wer eine unmündige Person zur Vornahme oder Duldung des Beischlafes oder einer dem Beischlaf gleichzusetzenden geschlechtlichen Handlung mit einer anderen Person oder, um sich oder einen Dritten geschlechtlich zu erregen oder zu befriedigen, dazu verleitet, eine dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlung an sich selbst vorzunehmen. (3) Hat die Tat eine schwere Körperverletzung (§ 84 Abs 1) oder eine Schwangerschaft der unmündigen Person zur Folge, so ist der Täter mit Freiheitsstrafe von fünf bis zu fünfzehn Jahren, hat sie aber den Tod der unmündigen Person zur Folge, mit Freiheitsstrafe von zehn bis zu zwanzig Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen. (4) Übersteigt das Alter des Täters das Alter der unmündigen Person nicht um mehr als drei Jahre, besteht die geschlechtliche Handlung nicht in der Penetration mit einem Gegenstand und hat die Tat weder eine schwere Körperverletzung (§ 84 Abs 1) noch den Tod der unmündigen Person zur Folge, so ist der Täter nach Abs 1 und 2 nicht zu bestrafen, es sei denn, die unmündige Person hätte das 13. Lebensjahr noch nicht vollendet”.

<sup>106</sup> „(1) Wer außer dem Fall des § 206 eine geschlechtliche Handlung an einer unmündigen Person vornimmt oder von einer unmündigen Person an sich vornehmen läßt, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen. (2) Ebenso ist zu bestrafen, wer eine unmündige Person zu einer geschlechtlichen Handlung (Abs 1) mit einer anderen Person oder, um sich oder einen Dritten geschlechtlich zu erregen oder zu befriedigen, dazu verleitet, eine geschlechtliche Handlung an sich selbst vorzunehmen. (3) Hat die Tat eine schwere Körperverletzung (§ 84 Abs 1) zur Folge, so ist der Täter mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren, hat sie aber den Tod der unmündigen Person zur Folge, mit Freiheitsstrafe von fünf bis zu fünfzehn Jahren zu bestrafen. (4) Übersteigt das Alter des Täters das Alter der unmündigen Person nicht um mehr als vier Jahre und ist keine der Folgen des Abs 3 eingetreten, so ist der Täter nach Abs 1 und 2 nicht zu bestrafen, es sei denn, die unmündige Person hätte das zwölfte Lebensjahr noch nicht vollendet”.

Pierwsza typizacja zakazuje podejmowania z nieletnimi stosunków płciowych lub równoważnych aktów seksualnych. Za takie zachowania grozi kara pozbawienia wolności od roku do 10 lat. Ukaraniu podlega także ten, kto dopuszcza do wykonania lub tolerowania stosunków płciowych lub równoważnych aktów seksualnych nieletniego z inną osobą, a także ten, kto w celu seksualnego podniecenia lub zaspokojenia siebie lub osoby trzeciej nakłania nieletniego do wykonania na sobie równoważnego aktu seksualnego. Jeśli czyn spowodowałby ciężkie uszkodzenie ciała lub ciężę osoby nieletniej, to sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 5 do 15 lat, jeśli zaś śmierć – karze do 20 lat pozbawienia wolności lub dożywotniemu pozbawieniu wolności. Co ciekawe, jeżeli wiek sprawcy nie przewyższa wieku osoby nieletniej nie więcej jednak niż o 3 lata, a czyn seksualny nie polega na penetracji przedmiotem ani nie dochodzi do skutku w postaci ciężkiego uszczerbku na zdrowiu lub śmierci, to sprawca nie podlega karze, chyba że nieletni nie ukończył lat 13.

Druga typizacja poddaje karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 5 lat tego, kto (poza wypadkiem przewidzianym w § 206) wykonuje akt seksualny wobec osoby nieletniej lub pozwala jej na wykonanie takiego czynu na sobie. Ukaraniu podlega także ten, kto nakłania osobę nieletnią do aktu seksualnego z inną osobą albo w celu seksualnego podniecenia lub zaspokojenia siebie lub osoby trzeciej nakłania ją do tego, żeby dokonała na sobie aktu seksualnego. Jeśli czyn spowodowałby ciężkie uszkodzenie ciała lub ciężę osoby nieletniej, to sprawca podlega karze pozbawienia wolności od roku do 10 lat, jeśli zaś śmierć – karze od 5 do 15 lat pozbawienia wolności. Jeżeli wiek sprawcy nie przekracza wieku osoby nieletniej nie więcej jednak niż o 4 lata i nie wystąpił żaden ze skutków (ciężki uszczerbek lub śmierć), to sprawca nie podlega karze, chyba że nieletni nie ukończył 12 lat.

Mając jednak na względzie burzliwy przebieg prac podkomisji sprawiedliwości w Radzie Narodowej z 17 lipca 1998 r. deliberującej także nad § 209<sup>107</sup>, Trybunał nakazał ustawodawcy, aby dokonał stosownych zmian w Kodeksie karnym w terminie 6 miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku.

Na marginesie warto odnotować, że w orzeczeniu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 9 stycznia 2003 r.<sup>108</sup> § 209 został uznany za naruszający art. 14 (zakaz dyskryminacji) i art. 8 (prawo do poszanowania prywatności) Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Trybunał nie doszukał się wystarczającego usprawiedliwienia dla odmiennego traktowania kobiet i mężczyzn. Zauważył, że młodzi mężczyźni w wieku od 14 do 18 lat podlegali ochronie przed nawiązywaniem stosunków seksualnych z dorosłymi mężczyznami.

<sup>107</sup> T. Philipp, § 207b *Sexueller Missbrauch von Jugendlichen* [w:] F. Höpfel, E. Ratz (red.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. §§ 201–212, Wien 2012, s. 69.

<sup>108</sup> Skarga nr 39392/98 i 39829/98 – Lausch i Versat przeciwko Austrii.

mi, podczas gdy młode kobiety w tym samym wieku nie były objęte taką ochroną z mocy § 209.

Oprócz usunięcia § 209 efektem wykonania wyroku Trybunału Konstytucyjnego stało się wprowadzenie do austriackiego Kodeksu karnego § 207b<sup>109</sup>. Ani w niemieckim, ani w szwajcarskim Kodeksie karnym nie ma odpowiednika tego przepisu<sup>110</sup>. Ustawodawca chciał objąć ochroną te przypadki, w których określone kategorie podmiotów nie są w stanie skorzystać z przysługującego im prawa do samostanowienia w sferze seksualnej lub kiedy czynienie użytku z tego prawa jest poważnie utrudnione<sup>111</sup>. Sprawcą czynu zabronionego może być zarówno kobieta, jak i mężczyzna<sup>112</sup>, a paragraf ten jest określany jako „neutralny pod względem płci”<sup>113</sup>.

W ust. 1 kryminalizacji poddano zachowania skierowane przeciwko osobie, która nie ukończyła 16 lat i która nie jest jeszcze wystarczająco dojrzała, aby zrozumieć znaczenie aktów seksualnych i działać na tej podstawie. Nie jest ona w stanie zrozumieć i osądzić konkretnych aktów seksualnych. Sprawca zaś wykorzystuje te braki oraz swoją przewagę wiekową i dopuszcza się na takiej osobie aktu seksualnego, pozwala jej na dokonanie takiego czynu na sobie lub nakłania ją do podjęcia takiego aktu wobec osoby trzeciej. W ust. 2 zachowania sprawcy są tożsame z poprzednimi, z tym że pokrzywdzonym jest osoba poniżej 18. roku życia<sup>114</sup> i znajduje się ona w przymusowym położeniu. Natomiast w ust. 3 ustawodawca przewidział ochronę dla osób poniżej 18. roku życia, które sprawca nakłania poprzez bezpośrednie zaoferowanie zapłaty do podjęcia czynów opisanych w ust. 1.

---

<sup>109</sup> „(1) Wer an einer Person, die das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat und aus bestimmten Gründen noch nicht reif genug ist, die Bedeutung des Vorgangs einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, unter Ausnützung dieser mangelnden Reife sowie seiner altersbedingten Überlegenheit eine geschlechtliche Handlung vornimmt, von einer solchen Person an sich vornehmen lässt oder eine solche Person dazu verleitet, eine geschlechtliche Handlung an einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen zu bestrafen. (2) Wer an einer Person, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, unter Ausnützung einer Zwangslage dieser Person eine geschlechtliche Handlung vornimmt, von einer solchen Person an sich vornehmen lässt oder eine solche Person dazu verleitet, eine geschlechtliche Handlung an einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen. (3) Wer eine Person, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, unmittelbar durch ein Entgelt dazu verleitet, eine geschlechtliche Handlung an ihm oder einem Dritten vorzunehmen oder von ihm oder einem Dritten an sich vornehmen zu lassen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen”.

<sup>110</sup> H. Hinterhofer, § 207b *Sexueller Missbrauch von Jugendlichen* [w:] O. Triffterer, Ch. Rosbaud, H. Hinterhofer (red.), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien 2011, s. 4.

<sup>111</sup> Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil II. §§ 169 bis 321 StGB*, Wien 2010, s. 83; H. Hinterhofer, § 207b *Sexueller Missbrauch...*, s. 2.

<sup>112</sup> Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches Strafrecht...*, s. 84.

<sup>113</sup> H. Hinterhofer, § 207b *Sexueller Missbrauch...*, s. 3 i 5.

<sup>114</sup> W pierwotnej wersji: poniżej 16. roku życia.

W ocenie wielu komentatorów dodany § 207b jest przejawem nadmiernej i nieuzasadnionej ochrony, zaś sformułowania, którymi posłużył się ustawodawca, są dalekie od zgodności z zasadą określoności<sup>115</sup>.

Przyrost inicjatyw legislacyjnych eliminujących dyskryminację osób homoseksualnych można zaobserwować od 2008 r., kiedy to koalicja rządowa – Socjaldemokratyczna Partia Austrii (SPÖ) i Austriacka Partia Ludowa (ÖVP) – powołała grupę roboczą w celu opracowania projektu ustawy o związkach partnerskich. Do utworzonego zespołu zaproszono nie tylko przedstawicieli poszczególnych ministerstw, ale także wszystkie austriackie organizacje homoseksualne. Ustawa o zarejestrowanych związkach partnerskich<sup>116</sup> została uchwalona 10 grudnia 2009 r. i weszła w życie 1 stycznia 2010 r. Natomiast 4 grudnia 2017 r. austriacki Trybunał Konstytucyjny<sup>117</sup> uznał, że § 44<sup>118</sup> Kodeksu cywilnego<sup>119</sup> jest niezgodny z konstytucją tego kraju w zakresie użycia sformułowania „różne płcie” (*verschiedenen Geschlechtes*)<sup>120</sup>. Trybunał odroczył jednak derogację do 31 grudnia 2018 r. Wyrok ten otworzył w Austrii możliwość zawierania małżeństw przez osoby homoseksualne<sup>121</sup>.

<sup>115</sup> Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches Strafrecht...*, s. 83; H. Hinterhofer, § 207b *Sexueller Missbrauch...*, s. 4 i n.

<sup>116</sup> Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft (Eingetragene Partnerschaft-Gesetz – EPG) – Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich 2009, nr 135, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20006586> [dostęp: 10.05.2020].

<sup>117</sup> [https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH\\_Entscheidung\\_G\\_258-2017\\_ua\\_Ehe\\_gleichgeschlechtl\\_Paare.pdf](https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_Entscheidung_G_258-2017_ua_Ehe_gleichgeschlechtl_Paare.pdf) [dostęp: 10.05.2020]. W wyroku tym zakwestionowano także przepisy ustawy o zarejestrowanych związkach partnerskich.

<sup>118</sup> „Die Familien-Verhältnisse werden durch den Ehevertrag gegründet. In dem Ehevertrage erklären zwey Personen verschiedenen Geschlechtes gesetzmäßig ihren Willen, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen, und sich gegenseitigen Beystand zu leisten” [„Źródłem stosunków rodzinnych, jest małżeństwo. Małżeństwo jest umową, w której dwie osoby różnej płci, oświadczają według przepisów ustawy wolę swoją do zostawiania w nierozzerwanej społeczności, do płodzenia dzieci, ich wychowania i do wspólnej pomocy”]. Zob. *Powszechna księga ustaw cywilnych dla wszystkich krajów dziedzicznych niemieckiej Monarchji austriackiej. Z późniejszymi odnośniami ustawami i rozporządzeniami*, oprac. M. Zatorski, F. Kasperek, Cieszyn 1875, s. 43.

<sup>119</sup> Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie – <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622> [dostęp: 10.05.2020].

<sup>120</sup> Po dokonaniu interwencji ustawodawcy przepis ma następującą postać: „Die Familien-Verhältnisse werden durch den Ehevertrag gegründet. In dem Ehevertrage erklären zwey Personen gesetzmäßig ihren Willen, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen, und sich gegenseitigen Beystand zu leisten”.

<sup>121</sup> L. Khakzadeh-Leiler, *Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare. Verfassungsrechtliche Überlegungen zu VfGH 4.12.2017, G 258/2017*, „Zeitschrift für Familien- und Erbrecht” 2018, nr 2, s. 52 i n.

Pomimo że w 2014 r. w badaniach przeprowadzonych przez Market-Meinungsforschungsinstituts aż 73% ankietowanych Austriaków popierało otwarcie instytucji małżeństwa dla osób tej samej płci<sup>122</sup>, supozycja, jakoby społeczeństwo tego państwa cechowało się otwartością na nowe zjawiska społeczne, jest kwestionowana. Już w 1998 r. spoglądając panoramicznie na sytuację prawną osób homoseksualnych w Austrii w latach 1930–1950, Albert Müller i Christian Fleck stanowczo stwierdzili, że prześladowanie tej kategorii obywateli cechuje pewna ciągłość i nie należy tego wiązać tylko z okresem nazizmu. Homoseksualiści nie byli ofiarami jednej ideologii, ale homofobicznego społeczeństwa<sup>123</sup>. Natomiast Bärbel S. Traunsteiner solidaryzuje się z poglądami, które wskazują, że skoro uchylene ostatniego przepisu traktującego o homoseksualizmie jako takim miało miejsce zaledwie 10 lat temu, to należy przypuszczać że homofobiczna struktura społeczeństwa austriackiego jest intensywna, stała i trwała<sup>124</sup>. Oznacza to, że wbrew obiegowym opiniom teza o wysokim poziomie tolerancyjności obywateli tego kraju może okazać się niewiarygodna. Częściowo potwierdza to fakt, że zmiany legislacyjne dokonały się w tym kraju nie dzięki wyłącznej woli politycznej i decyzji parlamentu, ale na skutek wyroków austriackiego Trybunału Konstytucyjnego oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

#### STANOWISKO ERNSTA HAFTERA

Znając filozofię, która legła u podstaw francuskiego *Code pénal* z 12 lutego 1810 r., oraz stan prawa karnego w Niemczech i w Austrii, a także mając zapewne w pamięci dyskusje w komisji eksperckiej (1916–1918), Ernst Hafter przyjął na siebie ciężar obrony przedłożonego Radzie Narodu szwajcarskiego projektu Kodeksu karnego przed wprowadzeniem do niego odpowiednika § 175 niemieckiego Kodeksu karnego oraz § 129 austriackiego Kodeksu karnego. W pierwotnym brzmieniu projekt nie zawierał bowiem przepisu, który byłby kalką jednej z przywołanych regulacji. Dyskusja w parlamencie ujawniła jednak, że możliwość wprowadzenia takiej normy była bardzo realna.

Czytając artykuł Haftera, niemal od razu rzuca się w oczy niezwykle powściągliwość w wyciąganiu daleko idących wniosków z niektórych faktów oraz niekiedy przesadne wręcz zastrzeżenia o „subiektywności” pewnych przywoływanych przez

<sup>122</sup> <https://www.derstandard.at/story/2000016697352/homo-ehe-im-grunde-muesste-auch-in-oesterreich-das-volk> [dostęp: 10.05.2020].

<sup>123</sup> A. Müller, Ch. Fleck, „Unzucht wider die Natur”. *Gerichtliche Verfolgung der „Unzucht mit Personen gleichen Geschlechts” in Österreich von den 1930er bis zu den 1950er Jahren*, „Österreichische Zeitschrift für Geschichtswissenschaften” 1998, nr 9(3), s. 422.

<sup>124</sup> B.S. Traunsteiner, *Gleichgeschlechtlich liebende Frauen...*, s. 82.



niego stanowisk. Przejawy asekurantwa zostają jednak zrównoważone rzetelną analizą dogmatyczną, kryminalnopolityczną i kryminologiczną.

Badacz wskazywał, że tylko pełna znajomość faktów oraz ich prawidłowa ocena pozwoli prawodawcy opracować najwłaściwsze rozwiązanie normatywne, choć nie ukrywał, że w przypadku zachowań homoseksualnych jest to zadanie szczególnie trudne. Należy sądzić, że rozumiał on te kłopoty. Z jednej strony wiedział o zróżnicowanym podejściu do kryminalizacji czynów homoseksualnych<sup>125</sup> zarówno w ustawodawstwie kantonalnym, jak i światowym<sup>126</sup>, z drugiej zaś miał świadomość silnego oddziaływania poglądów zaczerpniętych z doktryny francuskiej, w myśl których prawnokarna ochrona, pomijając przypadek wywołania publicznego zgorszenia, powinna być zapewniona tylko w przypadku ingerencji w wolność seksualną innej osoby<sup>127</sup>.

W swoim stanowisku zuryski profesor eksponował przede wszystkim niedoskonałości legislacyjne i praktyczne problemy aplikacyjne związane z ewentualnym przyjęciem rozwiązań zaczerpniętych z innych kodyfikacji. Zwrócił przy tym szczególną uwagę na fakt, że obce ustawodawstwo niechętnie podejmuje się stworzenia definicji projektującej „nierządu przeciw naturze”. Znał mu były wypowiedzi rodzimych badaczy, którzy podnosili, że brak stosownego wyjaśnienia podyktowany jest częściowo chęcią uchronienia czytelnika Kodeksu przed zgorszeniem<sup>128</sup>, a częściowo tym, że sam ustawodawca nie wie, co dokładnie ma podlegać karze. W takim stanie rzeczy decyzja o ukaraniu nieuchronnie zostaje przesunięta do kompetencji sędziego, orzekającego w konkretnej sprawie. Hafter godził się z tym, że ustawodawca nie zawsze jest w stanie zareagować na określone zjawisko środkami prawa karnego z uwagi na niemożność precyzyjnego opisanie inkryminowanego zachowania, jednak stanowczo stwierdzał, że państwo nie może sobie pozwolić na pruderyjne ustawodawstwo karne<sup>129</sup>.

Tym, co odróżnia podejście szwajcarskiego badacza od postaw innych prawników, zwłaszcza niemieckich, jest próba stworzenia panoramicznego obrazu zachowań homoseksualnych<sup>130</sup>, dokonana z odwołaniem się do literatury prawni-

---

<sup>125</sup> Do których zaliczana bywała niekiedy ciągle zoofilia. Niektórzy prawodawcy ograniczali zakres kryminalizacji jedynie do kontaktów pomiędzy mężczyznami lub kryminalizacji poddali wyłącznie zachowania skierowane przeciwko nieletnim albo te dotyczące prostytucji homoseksualnej.

<sup>126</sup> E. Hafter, *Homosexualität...*, s. 38–40.

<sup>127</sup> O ile zatem nierząd przeciwny naturze nie był związany z użyciem siły, uwiedzeniem lub nadużyciem władzy oraz nie był skierowany przeciwko dziecku, pozostawał bezkarny. Ibidem, s. 38 i n.

<sup>128</sup> Przywołany przez niego niemiecki prawnik Carl Joseph Anton Mittermaier (1787–1867) wskazywał, że ustawodawca nie podał dokładnej definicji nierządu przeciw naturze, gdyż nie licowałoby to z przyzwoitością.

<sup>129</sup> E. Hafter, *Homosexualität...*, s. 41.

<sup>130</sup> Autor wskazywał, że przed każdą ostateczną analizą prawną i legislacyjną należy podjąć próbę zrozumienia natury i skutków homoseksualizmu. Jest to szczególnie trudne, ponieważ sami

czej, medycznej oraz tej pochodzącej „z zainteresowanych kręgów” (*Literatur der beteiligten Kreise*).

Hafter nie nadawał prymatu konstatacjom wynikającym z literatury prawniczej, gdyż w zakresie kryminalizacji stosunków homoseksualnych była ona szczególnie nieproduktywna – te same argumenty za i przeciw karalności można było bowiem znaleźć w niemal wszystkich dostępnych materiałach legislacyjnych różnych krajów. Stąd też istniejąca polaryzacja poglądów i wynikająca z niej niepewność prawodawcy nie wydawała mu się czymś dziwnym. W jego ocenie dotychczasowe kantonalne próby reagowania na zachowania homoseksualne nie dały zadowalających rezultatów. Jako przykład przytacza on zakaz obowiązujący w kantonie zuryskim, zgodnie z którym: kto uprawia nierząd przeciwko naturze lub go popiera, podlega karze więzienia (*Gefängnis*), zaś w ciężkim przypadku – karze domu pracy (*Arbeitshaus*) lub ciężkiego więzienia (*Zuchthaus*)<sup>131</sup>. Praktyka stosowania tego przepisu wskazywała jednak, że sądy tego kantonu wykladały go zawężająco, ograniczając wyłącznie do stosunku płciowego pomiędzy mężczyznami; sprośne dotknięcia i pieszczoty, a zwłaszcza wzajemna masturbacja, nie podlegały ukaraniu. Hafter twierdził ponadto, że zuryskie sądy śledziły rozwój niemieckiego orzecznictwa i pozostawały pod jego przemożnym wpływem. Zdarzały się jednak orzeczenia rozszerzające pojęcie „nierządu przeciw naturze”, którym obejmowano nie tylko pederastię (*immissio penis in anum*), ale także stosunek oralny – *fellatio* (*immissio in os*). Biorąc pod uwagę różnorodność praw kantonalnych i brak regulacji na poziomie konfederacji, nie można było zbudować rzetelnego obrazu, pokazującego, z jaką częstotliwością jest wymierzana kara za czyny homoseksualne. Szwajcarskiego profesora nie przekonywały ani niskie statystyki policyjne kantonu zuryskiego, ani statystyki niemieckie. Uważał jednak, że w przypadku badanego zjawiska reakcję karnoprawną cechuje nieakceptowalna przypadkowość<sup>132</sup>.

Odnosząc się do ustaleń literatury medycznej, Hafter zwracał uwagę, że ustawodawca musi oprzeć się na wiarygodnych i ogólnie uznanych wynikach badań<sup>133</sup>. Dlatego też w swoich rozważaniach odwoływał się do pracy jednego z najwybitniejszych szwajcarskich profesorów psychiatrii, Eugena Bleulera (1857–1939)<sup>134</sup> – *Lehrbuch der Psychiatrie* (wydanie drugie). Lekarz ten wyróżnił ludzi z wrodzonym (prawdziwym) homoseksualizmem, u których popęd seksualny jest skierowany

homoseksualności – z uwagi na społeczny ostracyzm – nie są chętni do opowiadania o swoich przeżyciach osobom spoza kręgu najbliższej rodziny lub osób tej samej orientacji.

<sup>131</sup> „Wer widernatürliche Unzucht treibt (oder dazü Vorschub leistet), wird mit Gefängnis, in schweren Fällen mit Arbeitshaus oder Zuchthaus bestraft”.

<sup>132</sup> E. Hafter, *Homosexualität...*, s. 42–46.

<sup>133</sup> Nakazywał jednak wystrzegać się tych poglądów, które w literaturze medycznej zostały opracowane przez prawników.

<sup>134</sup> Lekarz znany przede wszystkim z opisu jednostki chorobowej, którą nazwał schizofrenią (*Dementia praecox oder Gruppe der Schizophrenien*, Leipzig – Wien 1911). Pojęcie to zastąpiło dotychczas używane określenie *dementia praecox*.

wyłącznie na osobniki tej samej płci. Wskazywał, że w takim przypadku jest to zjawisko biologiczne, choć twierdził zarazem, że trzeba je określić jako „nienormalność”, ponieważ odbiega ono od reguły, jaką jest heteroseksualizm. Prawdziwy homoseksualista nie jest ani chory, ani chory psychicznie – jest osobą poczytalną. Odwołując się do biologii, Bleuler wyróżnił także osoby biseksualne, których pęd seksualny jest skierowany zarówno na ich własną płć, jak i płć przeciwną. W przypadku tej kategorii osób psychiatra zalecał stosowanie psychoanalizy lub hipnozy, jeśli osoba biseksualna pozostawała w związku małżeńskim. Miały one zapewnić normalne i szczęśliwe funkcjonowanie takich osób. Jeśli jednak środki te zawodziły, pacjent musiał nauczyć się radzić sobie z własnym losem. Na podstawie dotychczasowego obrazu klinicznego psychiatra zdecydowanie twierdził, że homoseksualizm jest cechą wrodzoną, a nie nabytą<sup>135</sup>. Rozważania Bleulera doprowadziły Haftera do wniosku, że wymaganie abstynencji seksualnej od prawdziwego homoseksualisty, którego orientacji nie można zmienić, jest niemożliwe, gdyż jest to kwestia fizjologiczna. Jednocześnie odmawiał on osobom homoseksualnym prawa do zawarcia małżeństwa<sup>136</sup>.

Pod pojęciem „literatury z zainteresowanych kręgów” szwajcarski prawnik rozumiał inne wypowiedzi na temat homoseksualizmu, przy czym w grę wchodziły te sporządzone przez samych „zainteresowanych” homoseksualistów, na ich temat, ale nie tylko. Ta grupa materiałów była jednak traktowana z dużym dystansem i nieufnością. Hafter dokonał klasyfikacji tego piśmiennictwa, wyróżniając w jego ramach literaturę duchową i estetyczną<sup>137</sup>, medyczną<sup>138</sup> i propagandową<sup>139</sup>, przy czym pierwsza grupa, choć interesująca poznawczo, nie przedstawiała istotnych wartości dla procesu legislacyjnego, druga zasługiwała na wiarygodność, a trzecią należało odrzucić. Autor traktował zwłaszcza piśmiennictwo propagandowe jako absolutnie nie do przyjęcia, gdyż nie objaśniało ono fenomenu homoseksualizmu, lecz zawierało wyłącznie postulaty i żądania, którym ani państwo, ani społeczeństwo nie były wówczas w stanie sprostać. Jednocześnie rozumiał powody, dla któ-

---

<sup>135</sup> E. Bleuler (przy współpracy J. Berze, H. Luxenburger, F. Meggendorfer), *Lehrbuch der Psychiatrie*, Berlin – Heidelberg 1937, s. 393 i n. Jest to ostatnie wydanie podręcznika, które nastąpiło za życia autora.

<sup>136</sup> E. Hafter, *Homosexualität...*, s. 46–49.

<sup>137</sup> Zaliczając do niej prace Oscara Wilde’a, Augusta von Platena czy Stefana George’a.

<sup>138</sup> Jako przykład podał rozważania Magnusa Hirschfelda (1868–1935), niemieckiego lekarza, prekursora seksuologii, założyciela Komitetu Naukowo-Humanitarnego (przekształconego później w Instytut Seksuologiczny) – pierwszej organizacji działającej na rzecz poprawy sytuacji osób LGBT.

<sup>139</sup> Co ciekawe, do grupy tej zostały zaliczone prace Karla Heinricha Ulrichsa (1825–1895). Był to niemiecki prawnik, dziennikarz i wydawca, publicznie deklarujący swój homoseksualizm, a także aktywista na rzecz równości osób homoseksualnych, który postulował wprowadzenie możliwości zawierania małżeństw homoseksualnych. Z uwagi na kryminalizację stosunków homoseksualnych w nowym Kodeksie karnym (1871 r.) wyemigrował do Włoch, gdzie zmarł.

rych środowiska niemieckich gejów wydawały czasopisma agitacyjne „wątpliwej wartości”, promujące homoseksualizm. W jego ocenie była to zbiorowość, która została i przez społeczeństwo, i przez prawo karne zmuszona do obrony, której towarzyszyło przekonanie o niesprawiedliwym wykluczeniu i potępieniu. Nie aprobował on jednak tego rodzaju działalności, uznając, że inicjatywy te budzą wstręt i brak współczucia wśród osób heteroseksualnych, a ich skutki będą odwrotne do zamierzonych. Autor dostrzegał też ryzyko poniesienia szkody przez osoby małoletnie, które zapoznają się z treścią takich czasopism<sup>140</sup>.

Wyjątkowość zaprezentowanego przez Haftera stanowiska bierze się także stąd, że w jego pracy omówione zostały wyniki ankiet przeprowadzonych wśród osób homoseksualnych przez krąg zainteresowanych osób (*Kreis von „Beteiligten”*) w Szwajcarii. Ankiety zostały rozesłane do dużej liczby homoseksualistów bez udziału profesora. Wyniki trafiły do niego bez podania danych respondentów. Badacz twierdził jednak, że odpowiedziom towarzyszyła zapieczętowana koperta zawierająca nazwisko, w celu przeprowadzenia ewentualnej kontroli. Profesor był upoważniony do otwierania kopert, ale uznał, że nie ma powodu, aby to czynić. Wskazywał, że interesowały go tylko udzielone odpowiedzi i że czuje się zobowiązany do zachowania dyskrecji<sup>141</sup>. W publikacji Haftera nie znajdziemy dokładnej treści pytań, jakie zadano ankietowanym, a jedynie omówienie udzielonych odpowiedzi. Liczba zwróconych ankiet była przy tym niewielka – zaledwie 86. Wypełniającymi były osoby w wieku od 22 do 60 lat o różnym statusie społecznym<sup>142</sup>.

I tak 60 respondentów wskazało, że odczuwa pociąg seksualny wyłącznie do osób tej samej płci i niemożność nawiązania kontaktu heteroseksualnego. Podkreślali oni istnienie przyjaznych relacji z płcią przeciwną, ale nigdy o charakterze erotycznym. 25 ankietowanych wskazało, że mają również skłonności do płci przeciwnej, ale dominującą jest ta skierowana do własnej płci. 80 ankietowanych subiektywnie oceniło, że uważa swoją orientację za wrodzoną (naturalną), a 6 – że orientacja ta jest nabyta, ale nie podali przy tym żadnego wyjaśnienia. Respondenci wskazywali, że uwodzenie przez innych mężczyzn nie odegrało żadnej roli w kształtowaniu się ich orientacji.

<sup>140</sup> E. Hafter, *Homosexualität...*, s. 49–51.

<sup>141</sup> Prawdopodobnie nie chciał jednak narażać respondentów na ewentualne zainteresowanie ze strony organów ścigania, jeżeli proces legislacyjny zakończyłby się uchwaleniem przepisu kryminalizującego stosunki homoseksualne.

<sup>142</sup> E. Hafter wylicza, że ankietę wypełniło: 5 lekarzy i aptekarzy, 4 prawników, 1 duchowny kościoła reformowanego, 4 muzyków, 2 pisarzy i nauczycieli sztuki, 4 malarzy i architektów, 7 nauczycieli, 2 studentów uniwersytetów, 12 fabrykantów i handlowców, 19 pracowników kupieckich i innych, 9 rzemieślników, 3 drukarzy i zecerów, 5 hotelarzy i pracowników gospodarczo-handlowych, 7 urzędników i pracowników pocztowych i kolejowych, 1 osoba prywatna i 1 kobieta będąca pracownikiem.

28 respondentów stwierdziło, że czuje się społecznie i zawodowo wykluczonych z powodu homoseksualizmu, żyjąc w ciągłej obawie przed konfliktem z prawem karnym. 16 osób odczuwa z powodu własnej orientacji kompleksy, są niestabilnie psychicznie i popadają w stany depresyjne. Negatywny stosunek społeczny sprawia, że są zmuszone do prowadzenia podwójnego życia (zakładania i zdejmowania masek). 38 ankietowanych zadeklarowało, że podjęło leczenie medyczne, w tym z zastosowaniem psychoanalizy (30 z nich uznało, że leczenie było bezskuteczne), pozostali odrzucili możliwość poddania się jakiegokolwiek interwencji medycznej, gdyż nie czuli się osobami chorymi.

Wśród respondentów tylko 8 osób pozostawało w związku małżeńskim. Osób stanu wolnego było zatem aż 78<sup>143</sup>. 14 respondentów zgłosiło występowanie trudności w relacjach rodzinnych, 17 – w relacjach zawodowych, a aż 27 wskazało na próby szantażu i wymuszenia określonego zachowania.

Ankietowani byli ponadto przepytywani na temat możliwej kryminalizacji zachowań seksualnych dorosłych osób tej samej płci. Wszyscy zgodnie wskazali na nieskuteczność takiego zabiegu normatywnego. Hafter cytuje przy tym kilka wypowiedzi, z których wynika, że strach przed sankcją może spowodować załamanie nerwowe, uniemożliwiające aktywność seksualną, ale kara kryminalna nie jest w stanie wykorzenić homoseksualizmu. Kryminalizacja zachowań homoseksualnych doprowadzi z pewnością do konfliktu sumienia u osób o takiej orientacji. Podkreślano także, iż ochrona prawnokarna jest uzasadniona tylko w przypadku kierowania zamachu na osoby młode, uzależnione lub niezdolne do prawidłowego osądu danej sytuacji<sup>144</sup>.

Na podstawie zgromadzonych informacji Hafter stawia tezę, że prawodawca nie powinien kryminalizować działalności homoseksualnej jako takiej. Jego zdaniem należy pamiętać, że ani oburzenie moralne, ani patos nie mogą mieć decydującego znaczenia w procesie legislacyjnym, zwłaszcza jeśli chodzi o regulacje z dziedziny prawa karnego. Tylko trzeźwa analiza faktów i próba zrozumienia ich wpływu na państwo i społeczeństwo mogą rozstrzygnąć kwestię, czy dane zachowanie powinno się spotkać z ukaraniem, czy nie. Mając to na względzie, szwajcarski naukowiec wskazuje na trzy myśli przewodnie (zasady legislacyjne), jakimi powinien kierować się projektodawca Kodeksu karnego w zakresie przestępstw przeciwko życiu seksualnemu (*Geschlechtsleben*). Pierwsza z nich brzmi: życie seksualne jest osobistą sprawą jednostki i stanowi jej najbardziej intymną tajemnicę. Państwo co do zasady nie powinno ingerować w ten aspekt życia człowieka.

---

<sup>143</sup> Zawieranie małżeństw przez osoby homoseksualne z osobami heteroseksualnym bywało postrzegane jako niemoralne, ponieważ wiązało się z kłamstwem i oszustwem. Powodem wchodzenia w związki heteroseksualne była głównie chęć zachowania pozorów normalności i dostosowanie się do norm społecznych, a także próba ucięcia spekulacji na temat faktycznej orientacji seksualnej.

<sup>144</sup> E. Hafter, *Homosexualität...*, s. 51–56.

Interwencja jest pożądana jedynie wtedy, gdy seksualność jednej osoby narusza lub zagraża wolności seksualnej innej osoby. Prawo karne wkroczy więc jedynie wówczas, gdy sprawca zastosuje przemoc, groźbę lub podstęp. Oprócz tego dochodzą jeszcze przypadki, kiedy ofiara z powodu braku doświadczenia, stanu umysłu lub rozwoju albo pozycji zależności, w jakiej się znajduje, nie jest w stanie stawić oporu napaści seksualnej. Zabezpieczeniu podlega zatem interes szczególnej grupy osób, która nie jest w pełni świadoma istnienia swojej wolności seksualnej i nie może nią dysponować, dlatego też, ponieważ wbrew własnej woli, jest ona objęta ochroną prawnokarną. Drugą myślą przewodnią jest kryminalizowanie wyłącznie przejawów komercyjnego wykorzystania cudzego nierządu. Zarówno więc dobrowolna prostytutka homoseksualna, jak i heteroseksualna miała znajdować się poza zakresem zainteresowania prawa karnego. Trzecia myśl głosi, że aktywność seksualna lub zachowania związane ze sferą płciowości podlegają prawnokarnemu napiętnowaniu, jeśli dokonują się publicznie. Dlatego też karalne powinny być jedynie publiczne zachowania lubieżne, publiczne wabienie do nierządu, jak również nagabywanie współlokatorów lub sąsiadów do nierządu na tle komercyjnym. Hafter miał pewne wątpliwości co do tego, czy reklamowanie przedmiotów zapobiegających ciąży lub wysłanie ich osobom, które o to nie proszą ani nie są im one potrzebne z uwagi na zawodowe zainteresowania, powinno spotkać się z reakcją karnoprawną<sup>145</sup>.

Osobny *passus* artykułu autor poświęca przestępstwom skierowanym przeciwko obyczajności (moralności). Stwierdza on, że prawodawca ma moc i zdolność do tego, aby wykroczyć poza granice zreferowanych uprzednio trzech myśli przewodnich. Dodaje jednak, że w przypadku tej kategorii przestępstw powinien dwa razy się zastanowić, czy rzeczywiście należy to zrobić. W jego ocenie bowiem może uczynić to tylko wtedy, gdy przemawiają za tym bardzo silne względy kryminalnopolityczne. Na pytanie, czy istnieją tego rodzaju powody, by uznać działalność homoseksualną za karalną, jeśli nie narusza ona wolności innych osób, nie służy komercyjnemu wyzyskowi ani nie naprzykrza się opinii publicznej, Hafter udziela odpowiedzi przeczącej. Dostrzega jednak wiele powodów przeciwko kryminalizacji.

Po pierwsze, odwołuje się do wcześniej zdefiniowanej kategorii pseudohomoseksualistów, czyli osób heteroseksualnych, które podejmują aktywność homoseksualną z powodu „przesycenia heteroseksualnego” (*heterosexueller Übersättigung*) lub po prostu z nieprzyzwoitości (niemoralności). Do tej kategorii można zaliczyć męskie prostytutki, które w wielu przypadkach są heteroseksualne. Hafter wskazuje też, że sędzia oceniający konkretny przypadek stanąłby w obliczu konieczności stwierdzenia niezwykle trudnej okoliczności, czy ma do czynienia z osobą hetero-

<sup>145</sup> Ibidem, s. 56–59.



seksualną, która incydentalnie dopuściła się nierządu przeciw naturze, czy z osobą homo- lub biseksualną. Paradoksalnie ze stwierdzenia tego można wyciągnąć niepokojący wniosek, że nie jest jasne, czy prawodawca chce ukarać stosunki homoseksualne, czy homoseksualistów.

Po drugie, zwraca uwagę, że prawa karnego nie można budować na emocjach, gdyż konsekwencje tego byłyby katastrofalne. Jest wielu ludzi o takich cechach (właściwościach), które wywołują niechęć i dezaprobatę u innych. Nie jest to jednak wystarczający powód do interwencji prawodawczej.

Po trzecie, z uwagi na funkcję ochronną oraz prewencję ogólną negatywną ustawodawca musi wnikliwie badać, czy określone postępowanie stanowi tak duże zagrożenie dla społeczeństwa, że konieczne jest „przekucie” go na ustawowe znamiona. Takiego niebezpieczeństwa nie sposób doszukać się w przypadku zachowań dorosłych homoseksualistów, gdyż dopóki praktykują je we własnym gronie, nikomu nie szkodzą<sup>146</sup>. Jeśli nawet homoseksualizm jest dziedziczny, to i tak ryzyko przekazania go jest niewielkie, gdyż prawdziwy homoseksualista nie zawiera związku małżeńskiego i nie płodzi potomstwa.

Hafter kwestionuje wątpliwości deputowanych związane z pytaniem, czy należy oczekiwać od homoseksualistów, którzy nie mogą zaspokoić swojego popędu płciowego w normalny sposób, rezygnacji z nienormalnej aktywności seksualnej i czy w celu wymuszenia takiego postępowania nie należy wprowadzić adekwatnego zakazu karnego. Trafnie zauważa, że jest wielu ludzi poza homoseksualistami, od których trudno wymagać spełnienia podobnej powinności<sup>147</sup>. W dyskusji deputowani Rady podnosili, że nawet osoba, która nie jest zamężna (np. jest starą panną – *alte Jungfer*), nie powinna podejmować stosunków płciowych. Zastrzegali jednak, że takie zobowiązanie może mieć jedynie podłoże etyczne, a nie prawne, choć i taką konstatację można kwestionować. Hafter odpowiada na to presumpcją, że skoro

---

<sup>146</sup> Jest to pokłosie teorii Augusta Forela (1848–1931), szwajcarskiego neurologa i psychiatry, który był bardzo zaangażowany w dekryminalizację stosunków homoseksualnych. Upatrywał on jednak przyczyny homoseksualizmu w zwyrodnieniu komórek rozrodczych spowodowanych przewlekłym zatruciem (np. alkoholem) lub chorobą: „Ciekawe i ważne badania Berroli, z których wynika, że w Szwajcarii na 9000 idiotów większość została poczęta w czasie winobrania lub karnawału, wskazują na to, że i jednorazowe oszłomienie alkoholem oddziałuje na elementy rozrodcze blastophthorycznie, to znaczy, że znarkotyzowanie komórek rozrodczych w chwili, kiedy one przygotowują się do kopulacji, szczególnie ujemnie oddziałuje na potomstwo”. Zob. A. Forel, *Alkohol, dziedziczność i życie płciowe*, Warszawa 1907, s. 11 i n. W jego mniemaniu geje byli osobami chorymi psychicznie, a ich zachowania są wynikiem odziedziczzonego defektu. Uważał on, że powinni oni „pozostać między sobą” i się nie rozmnażać. Koncepcjom Forela sprzeciwiał się Bleuler.

<sup>147</sup> Co ciekawe, Hafter powołuje się przy tym na wypowiedzi szwajcarskiego lekarza – neurologa, filantropa i pioniera medycyny społecznej, pierwszego kierownika Katedry Psychiatrii Uniwersytetu w Genewie – Paula-Luisa Ladame’a (1842–1919), zawarte w czasopiśmie „Archives d’anthropologie criminelle de médecine légale et de psychologie normale et pathologique” (1913, nr 28 i 1914, nr 29).

nowoczesny (*moderne*) ustawodawca nie karze pozamałżeńskich stosunków płciowych (cudzołóstwa), to tym bardziej aktywność homoseksualna powinna pozostać bezkarna, o ile nie zawiera elementów kwalifikujących, o których była już mowa<sup>148</sup>.

Ponadto nie podważa on odstraszającego (hamującego) potencjału zakazu karnego. W krajach, w których nierzęd przeciw naturze jest zakazany, spora część gejów albo ogranicza kontakty seksualne, albo jeszcze bardziej je ukrywa, żyjąc w ciągłej obawie przed popadnięciem w konflikt z prawem karnym. Szwajcarski badacz daje jednak wiarę tym wypowiedziom respondentów swoich badań, które wskazują, że strach przed sankcją jest w stanie zniszczyć psychicznie jednostkę, jednak kara kryminalna nigdy nie uzdrowi i nie zmieni homoseksualisty w osobę heteroseksualną. W takiej sytuacji ten, kto kształtuje politykę kryminalną, musi zgodzić się ze stanowiskiem lekarzy. Wzmacniając swoją tezę, odwołuje się ponownie do wypowiedzi Bleulera, że reakcja prawnokarna na czyny homoseksualistów jest z lekarskiego punktu widzenia niesprawiedliwa<sup>149</sup>.

Hafter wskazał także, iż przy rozpatrywaniu projektu Kodeksu karnego nie należy się sugerować treścią szwajcarskiej ustawy karnej wojskowej, w której art. 157 ust. 1<sup>150</sup> przewidziano karę więzienia, zaś w wypadku mniejszej wagi – karę dyscyplinarną za zachowanie nierzędne z osobą tej samej płci<sup>151</sup>. Jest to zaskakujące, ponieważ w 1918 r. złożył on kontrpropozycję do projektu ustawy karnej wojskowej Stoossa. Koncepcja berneńskiego profesora opierała się na prawie francuskim, które podporządkowuje prawo wojskowe prawu cywilnemu, podczas gdy Hafter chętnie czerpał z polityki kanclerza Otto von Bismarcka, która wyodrębniała prawo wojskowe i przewidywała dotkliwe kary dyscyplinarne. Stooss uważał, że nie powinno być różnicy między „obywatelami” a „obywatelami w mundurach”, tymczasem dla zuryskiego profesora uzasadnieniem specjalnego rozwiązania występującego w ustawodawstwie karnym wojskowym była chęć zapewnienia dyscypliny i moralności<sup>152</sup>. Ständerat zatwierdziła głosami katolicko-konserwatywnej większości propozycję Haftera, aprobując jego tezę, że homoseksualizm jest znacznie więk-

<sup>148</sup> Ostatecznie Kodeks rzeczywiście nie przewidywał kary za samo cudzołóstwo. W art. 187 karze podlegał ten, kto zmusza kobietę przemocą lub przez ciężką groźbę do tolerowania pozamałżeńskiego stosunku płciowego („Wer eine Frau mit Gewalt oder durch schwere Drohung zur Duldung des ausserehelichen Beischlafs zwingt, wird mit Zuchthaus bestraft”). Prawnokarna reakcja następowała także wtedy, kiedy sprawca dopuścił się pozamałżeńskiego stosunku płciowego z kobietą, po tym jak doprowadził ją do stanu nieprzytomności lub niezdolności do stawienia oporu („Wer mit einer Frau den ausserehelichen Beischlaf vollzieht, nachdem er sie zu diesem Zwecke bewusstlos oder zum Widerstand unfähig gemacht hat, wird mit Zuchthaus nicht unter drei Jahren bestraft”).

<sup>149</sup> E. Hafter, *Homosexualität...*, s. 59–64.

<sup>150</sup> E. Hafter błędnie wskazał w swoim artykule na art. 175.

<sup>151</sup> „Wer mit einer Person gleichen Geschlechts eine unzüchtige Handlung vornimmt, wird mit Gefängnis bestraft. In leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung”. Zob. Bundesblatt von 22. Juni 1927, Band I, Nr 25, s. 800.

<sup>152</sup> E. Hafter, *Homosexualität...*, s. 64.

szym niebezpieczeństwem w wojsku niż w życiu obywatelskim<sup>153</sup>. Artykuł 157 ostatecznie uchylono dopiero z dniem 1 października 1992 r.<sup>154</sup>

Ostatnia część wypowiedzi Haftera sprawia wrażenie, jakby zmierzała do ostudzenia emocji, jakich dostarczyli deputowani Rady Narodu<sup>155</sup>. Zuryski profesor uważa bowiem, że nie wolno patrzeć wybiórczo na część szczególną projektu, lecz konieczne jest zrozumienie całokształtu przestępstw przeciwko życiu seksualnemu. Sugeruje też, że zachowania homoseksualne mogą cechować się takim stopniem społecznego niebezpieczeństwa, który spotka się z reakcją ze strony państwa. Nie dotyczy to jednak ludzi dorosłych, których aktywność seksualna wynika z dobrowolnie wyrażonej zgody.

Zachowania homoseksualne będą podlegały karze, jeśli mieszczą się w granicach innych typów czynów zabronionych przewidzianych w projekcie, takich jak:

- przymus do nierządnego zachowania (art. 164),
- nierządne zachowanie z osobą niedorozwiniętą umysłowo, umysłowo chorą, nieprzytomną lub niezdolną do stawienia oporu (art. 164 ust. 2),
- dopuszczenie się czynu nierządnego z dzieckiem poniżej 16. roku życia, namówienia go do tego lub wykonania takiego czynu przed nim (art. 166 ust. 2),
- dopuszczenie się innego nierządnego zachowania ze swoim nieletnim (*unmündigen*) ponad 16-letnim dzieckiem, wnukiem, dzieckiem adoptowanym, pasierbem, dzieckiem z domu dziecka, oddanym pod kuratelę, uczniem, wychowankiem, praktykantem lub służącym albo namawiania go do takiego czynu (art. 167 ust. 2),
- dopuszczenie się innego nierządnego zachowania z osobą, którą się opiekuje w szpitalu, zakładzie dla ubogich, medyczno-społecznym zakładzie poprawczym (*Versorgungsanstalt*) lub która została skierowana do instytucji na podstawie urzędowej dyspozycji, a także więźniem, aresztowanym lub obwinionym, jeśli pozostaje pod jej nadzorem lub jest od niej zależna (art. 168 ust. 2)<sup>156</sup>.

Jak widać, decydującym motywem kryminalizacji była ochrona młodych ludzi przed uwiedzeniem (wykorzystaniem seksualnym) i zepsuciem. Projekt przewidywał jednak specjalny przepis autorstwa Carla Stoossa<sup>157</sup>, zakazujący osobie

<sup>153</sup> T. Delessert, *Straflosigkeit in Grenzen...*, s. 51 i n.

<sup>154</sup> Amtliche Sammlung des Bundesrechts vom 15 September 1992, nr 35, s. 1671; Bundesblatt von 2. Juli 1991, Band II, Nr 25, s. 1496, Bundesblatt von 10. September 1985, Band II, Nr 35, s. 1097.

<sup>155</sup> Wydaje się to częściowo uzasadnione, choćby dlatego, że szwajcarski Kodeks karny m.in. znosił karę śmierci i wprowadzał dopuszczalność przerywania ciąży, co wywołało spory opór części kantonów zachodnich oraz katolicko-konserwatywnych i groziło możliwością odrzucenia kodeksu w referendum związkowym. Zob. M. Killias, N. Markwalder, A. Kuhn, N. Dongois, *Grundriss des Allgemeinen Teils...*, s. 13.

<sup>156</sup> E. Hafter, *Homosexualität...*, s. 64 i n.

<sup>157</sup> W pierwszej wersji projektu profesor przewidział karalność „pederastii i sodomii” wzorem berneńskiego Kodeksu karnego. Usunął jednak zaprojektowany przepis już w 1896 r. Współcześnie

pełnoletniej dopuszczania się nierządnego działania z osobą nieletnią tej samej płci mającej ponad 16 lat (art. 169 ust. 1).<sup>158</sup> Ukaraniu podlegał także ten, kto przez wyzyskanie trudnego położenia, stosunku urzędowego lub służbowego albo innej podobnej relacji uzyskuje tolerancję lub wykonanie zachowania nierządnego od osoby tej samej płci. Zakazem objęto także zachowanie polegające na zarobkowym wykonywaniu czynu nierządnego z osobą tej samej płci (art. 169 ust. 2)<sup>159</sup>. Hafter nie zgłasza zastrzeżeń jedynie co do normy zakazującej wykorzystania specyficznie ukształtowanej relacji w celu dopuszczenia się czynu nierządnego.

W zakresie art. 169 ust. 1 zurycki profesor postulował jego jakościową zmianę, polegającą na wprowadzeniu karalności uwiedzenia do wykonania lub tolerowania przez nieletniego tej samej płci, który ma powyżej 16 lat, nierządnego zachowania<sup>160</sup>. Ochronie przed uwiedzeniem podlegała bowiem osoba pomiędzy 16. a 20. rokiem życia. Wraz z ukończeniem 20 lat przestawały obowiązywać normy prawnokarne chroniące dzieci, młodzież czy osoby niepełnoletnie<sup>161</sup>. Wynikało z tego, że dobrowolne zachowania pomiędzy homoseksualistami były dopuszczalne w sytuacji, gdy każda z tych osób ukończyła 20 lat<sup>162</sup>.

---

badacze podejrzewają jednak, że stało się tak z powodów językowych. Niemieckie *Päderastie* i *Sodomie* oraz francuskie *pédérastie* i *sodomie* nie mają tego samego znaczenia. Niemieckiemu słowu *Päderastie*, oznaczającemu stosunek analny, odpowiadało francuskie *sodomie*. Natomiast francuskie *pédérastie* odnosi się ogólnie do homoseksualizmu męskiego. W języku francuskim zoofilię określa się słowem *bestialité*, a w języku niemieckim *Sodomie*. Zmiana, którą wprowadził Stooss, doprowadziła *de facto* do dekryminalizacji aktów seksualnych ze zwierzętami. Zob. T. Delessert, *Straflosigkeit in Grenzen...*, s. 49.

<sup>158</sup> „Die mündige Person, die mit einer unmündigen Person desselben Geschlechts im Alter von mehr als sechzehn Jahren eine unzüchtige Handlung vornimmt, wird mit Gefängnis nicht unter einem Monat bestraft”.

<sup>159</sup> „Wer durch den Missbrauch der Notlage oder der durch ein Amts- oder Dienstverhältnis oder auf ähnliche Weise begründeten Abhängigkeit einer Person gleichen Geschlechts von ihr die Duldung oder die Vornahme unzüchtiger Handlungen erlangt, wer gewerbsmässig mit Personen gleichen Geschlechts unzüchtige Handlungen verübt, wird mit Gefängnis nicht unter einem Monat bestraft”.

<sup>160</sup> „Wer eine unmündige Person des gleichen Geschlechts im Alter von mehr als sechzehn Jahren zur Vornahme oder zur Duldung unzüchtiger Handlungen verführt, wird mit Gefängnis nicht unter einem Monat bestraft”. Propozycja ta została przyjęta przez Radę.

<sup>161</sup> Jak wskazano uprzednio, Kodeks przewidywał karalność bardzo różnych zachowań skierowanych przeciwko życiu seksualnemu. Na czyny te ustawodawca nałożył dodatkowo różne kategorie ofiar i sprawców, nie osiągając pełnej symetrii. W pierwotnej, uchwalonej wersji Kodeksu wskazano, że odpowiedzialność karna dziecka (*Kind*) może zaistnieć już pomiędzy 6. a 14. rokiem życia (art. 82–88). Inne reguły zaczynały obowiązywać w przypadku, kiedy sprawca znajdował się między 14. a 18. rokiem życia (art. 89–99). Wówczas określany był mianem młodocianego (*Jugendlicher*). Jeszcze inne regulacje wchodziły w grę, kiedy sprawca był osobą niepełnoletnią (*Minderjährige*) – między 18. a 20. rokiem życia.

<sup>162</sup> Obniżenie tzw. wieku zgody, czyli minimalnego wieku, od którego dana osoba jest uznawana za zdolną do wyrażenia ważnej prawnie zgody na czynności seksualne z inną osobą, z 20 na 16 lat dokonało się 1 października 1992 r. po zatwierdzeniu w związkowym referendum reformy

Hafter niejako z dumą podkreśla, że szwajcarski projekt Kodeksu karnego powstrzymuje się od karalności kobiecej prostytucji<sup>163</sup>. Nie widzi jednak powodu, by penalizować homoseksualną prostytucję. Ponownie wskazuje, iż męskie prostytutki to najczęściej pseudohomoseksualiści. Są nimi nierzadko unikający pracy, zepsuci młodzieńcy, poszukujący łatwego zarobku, którzy swoją działalnością prowadzą nieszczęście i hańbę na przyzwoitych (porządnych) homoseksualistów. W ocenie prawnika nie istnieją jednak dostatecznie ważne racje, aby prawnokarnemu napiętnowaniu podlegała tylko męska prostytucja. Co ciekawe, uważa on, że być może mężczyzna (!), który tworzy dzisiejsze prawa, postrzega prostytucję uprawianą przez innych mężczyzn jako bardziej nikczemną i wstrętną niż ta, której podejmują się kobiety. Prawodawca nie może jednak kierować się tego rodzaju emocjami. Hafter odrzucił przy tym stanowisko niemieckich prawników, w myśl którego prostytucję homoseksualną należy potraktować odmiennie od heteroseksualnej, gdyż jest ona siedliskiem przestępczości, pokusą osób mających skłonności do nierzędu z osobami tej samej płci, źródłem ciężkiego zgorszenia, stanowiącym szczególne niebezpieczeństwo dla publicznej moralności i bezpieczeństwa. W jego ocenie męska prostytucja nie zagraża ani moralności, ani bezpieczeństwu, dopóki nie wkroczy w sferę publiczną – nie dokona się jawnie. Wówczas jednak zostanie ukarana tak jak każdy nierzęd, według innych norm zawartych w projekcie. W tym zakresie zaproponowano dodanie przepisu zakazującego wykonywania zarobkowego uprawiania nierzędu, przybierającego postać nagabywania lokatorów domu lub sąsiadów. Podobną funkcję miała spełniać norma zabraniająca wabienia do nierzędu<sup>164</sup>.

## PODSUMOWANIE

Analizując obszerny wywód Ernsta Haftera, warto wykroczyć poza jego treść. Bez tego uzyskany obraz okaże się niekompletny i zniekształcony. We współczesnej literaturze można znaleźć wiele publikacji autorów, którzy całościowo badają zjawisko homoseksualizmu w Szwajcarii. Thierry Delessert, historyk i antropolog kultury z Uniwersytetu w Lozannie, oraz Natalia Gerodetti, socjolożka z Uniwer-

---

prawa karnego. Razem z tą zmianą uchylono karalność nierzędu przeciw naturze w wojsku, o czym była już mowa.

<sup>163</sup> Choć trzeba przyznać, że z literalnego brzmienia tego przepisu to nie wynika. Hafter zwraca przy tym, że brak kryminalizacji nie oznacza oficjalnego uznania ani nawet zezwolenia na uprawianie kobiecej prostytucji. W celu ograniczenia i stłumienia tego zjawiska stosuje się instrumentarium prawa administracyjnego. Autor aprobuje takie podejście, upatrując w nim realizacji subsydiarności prawa karnego, które wkracza tam, gdzie zawiodły inne mechanizmy.

<sup>164</sup> E. Hafter, *Homosexualität...*, s. 68–70.

sytetu Leeds Beckett, mają w tym obszarze największe zasługi<sup>165</sup>. Ich konstatacje są szczególnie cenne dla zrozumienia złożoności decyzji, które podejmował Hafter.

Zuryski profesor obronił szwajcarski Kodeks karny przed kryminalizacją dobrowolnych stosunków homoseksualnych pomiędzy osobami dorosłymi. Oprócz dekryminalizacji męskiej prostytucji<sup>166</sup> pozostałe jego postulaty zostały uwzględnione przez prawodawcę. Jego poglądy nie są jednak w pełni spójne.

Z jednej strony domagał się od ustawodawcy precyzji w opisie ustawowych znamion, z drugiej zaś akceptował użycie w projekcie nieostrych pojęć, takich jak: nierząd (*Unzucht*), stosunek płciowy (*Beischlaf*), w tym pozamałżeński (*ausserheliche*), lub inne podobne nadużycie (*ähnlichen Handlung missbrauchen*). Metodycznie sprzeciwiał się kryminalizacji dobrowolnych stosunków homoseksualnych pomiędzy dorosłymi ludźmi. Tym niemniej był gorącym zwolennikiem szerokiej ochrony dzieci (a zatem osób do 20. roku życia!) przed uwiedzeniem, co pozwala przyjąć, że z niewyjaśnionych przyczyn bliska mu była Freudowska teoria uwiedzenia, do której, o dziwo, nie odwoływał się tak chętnie przez niego cytowany Eugen Bleuler. Zresztą decyzja o postawieniu na prace akurat tego psychiatry była arbitralna i subiektywna. Jego stanowisko nie było bowiem głosem *opinio communis*. Co więcej, według Haftera nie zasługiwał na wyjątkowe potraktowanie sprawca przestępstwa przeciwko obyczajności będący dzieckiem, młodocianym lub niepełnoletnim. Ogólne kodeksowe podstawy łagodzenia odpowiedzialności karnej przewidziane dla tych sprawców były w jego ocenie wystarczające.

Apelował o racjonalność, trzeźwy osąd faktów i powściągliwość. Wielokrotnie deklarował, że przeraża go ekspansywność prawa karnego. A jednak to jemu szwajcarska ustawa karna wojskowa zawdzięcza przepis o kryminalizacji stosunków homoseksualnych. Jest to o tyle istotne, że norma ta funkcjonowała w porządku prawnym tego kraju przez 65 lat.

Przywołany uprzednio Thierry Delessert uważa, że na zmianę stanowiska Haftera między 1918 a 1929 r. wpłynął przebieg debaty społecznej i parlamentarnej w Niemczech, który wzmocnił organizacje gejowskie oraz ich propagandę. Profesor uznał także, iż częściowa legalizacja homoseksualizmu jest najlepszym sposobem na likwidację skandali i wymuszeń, jakie co jakiś czas przebijały się do prasy<sup>167</sup>. Tym niemniej przepis art. 157 ust. 1 od razu postrzegano jako normę

<sup>165</sup> T. Delessert, *Les homosexuels sont un danger absolu. Homosexualité masculine en Suisse durant la Seconde Guerre mondiale*, Lausanne 2012; N. Gerodetti, *Modernising Sexualities: Towards a Socio-Historical Understanding of Sexualities in the Swiss Nation*, Bern 2005.

<sup>166</sup> Biorąc pod uwagę kształt typizacji przewidującej karalność męskiej prostytucji, można się zastanawiać, czy nie jest to jeden z przejawów wpływu prawa karnego szwajcarskiego na polski Kodeks karny z 1932 r. Zob. D. Janicka, *Kodeks Makarewicza w opiniach niemieckich autorów* [w:] D. Wiśniewska-Józwiak, M. Głuszak (red.), *Nil nisi veritas. Księga dedykowana Profesorowi Jackowi Matuszewskiemu*, Łódź 2016, s. 512.

<sup>167</sup> T. Delessert, *Straflosigkeit in Grenzen...*, s. 56 i n.



wymuszającą abstynencję seksualną żołnierzy i wykładano go rozszerzająco – Wojskowy Sąd Kasacyjny orzekł np., że obnażenie się przed dorosłym mężczyzną, dotykanie w miejscach intymnych, próba podjęcia masturbacji i wzajemna masturbacja wypełnia znamiona tego przestępstwa. Nie miało przy tym znaczenia to, czy czyny dokonywane były w miejscach publicznych, czy prywatnych, gdyż nawet pomieszczenia wojskowego kwaterunku „były obiektywnie postrzegane jako miejsca publiczne”. Znamienne jest przy tym to, że Hafter był w latach 1928–1946 prezesem Wojskowego Sądu Kasacyjnego<sup>168</sup>.

Retoryka jego wypowiedzi również była specyficzna. Niewątpliwie zdawał on sobie sprawę z tego, że respondenci badań, jakie otrzymał, są zainteresowani uzyskaniem określonego kształtu normatywnego nowej ustawy karnej. Ich wypowiedzi nie były zatem bezstronne. Profesor z pewnością nie był rzecznikiem ich interesów. Podobnie jak żaden szwajcarski prawnik, nie odniósł się do prześladowań homoseksualistów w Niemczech<sup>169</sup>. Nie zdyskredytował jednak odpowiedzi udzielonych w ankietach, ale pozwolił im się uwiarygodnić dzięki ustaleniom Bleulera, choć szwajcarska psychiatria nie była w pełni zgodna, czym jest homoseksualizm<sup>170</sup>. Niewątpliwie jednak „wiarygodne i ogólnie uznane” ustalenia medycyny uważał za naturalny „powrót”, który powinien związać ręce każdego prawodawcy. Zuryski badacz wykazywał także ponadprzeciętną troskę o sędziego, który niebawem miał dostać do ręki nowe narzędzie do wymierzania sprawiedliwości obywatelom Konfederacji.

W ocenie historyków i antropologów kultury częściowa legalizacja homoseksualizmu w Szwajcarii nie była wyrazem akceptacji tego zjawiska, lecz miała zapobiec rozwojowi ruchu emancypacyjnego, czego nie udało się jednak osiągnąć. W rzeczywistości różne szwajcarskie miasta zaostrzały nadzór policyjny nad osobami nieheteronormatywnymi w latach 30. Prowadzono także rejestry homoseksualistów<sup>171</sup>. Spór wokół penalizacji stosunków homoseksualnych nie przebiegał jedynie wzdłuż podziałów ideologicznych, lecz także wzdłuż tradycji prawnych – niemieckiej i francuskiej. Na prace legislacyjne z pewnością wpływ miały postępowe odczyty Magnusa Hirschfelda. Jednak rodzimi psychiatrzy chcieli przenieść homoseksualizm z sali sądowej do gabinetu psychiatrycznego. Ich rola w procesie depenalizacji nie była więc jednoznacznie pozytywna. Ostatecznie zatriumfowała idea, którą głosił René Garraud (1849–1930), iż walka z grzechem nie jest domeną prawa karnego, lecz przynależy do sfery moralnych norm społecznych. Jednocześnie narastała presja społeczna, aby homoseksualiści stali się „niewidzialni”<sup>172</sup>.

<sup>168</sup> Ibidem, s. 65 i n.

<sup>169</sup> Ibidem, s. 67.

<sup>170</sup> Ibidem, s. 60 i n.

<sup>171</sup> Ibidem, s. 63 i n.

<sup>172</sup> T. Delessert, *Straflosigkeit in Grenzen...*, s. 73 i n.

Stanowisko Haftera nabiera pozytywnego wydźwięku, gdy zostaje skonfrontowane z dramatycznymi przeobrażeniami, jakie miały miejsce w prawie niemieckim i austriackim, oraz ich skutkami. Nie zmienia to jednak faktu, że u podstaw jego opinii nie leżała chęć podmiotowego potraktowania osób o innej niż heteroseksualna orientacji seksualnej. Postać i dorobek Haftera bez wątpienia zasługują jednak na dalszą, pogłębioną i krytyczną ocenę. Być może taka analiza pozwoliłaby lepiej zrozumieć motyw działania elit prawniczych, zwłaszcza gdy deliberują one nad zagadnieniami kontrowersyjnymi, stanowiącymi temat tabu. Mogłaby też pomóc ustalić przyczyny tendencji ewolucyjnych obserwowanych w społeczeństwach zachodnich. Wnioski te z pewnością okazałyby się bezcenne dla każdego współczesnego prawodawcy.

#### HOMOSEXUALITY AND CRIMINAL LAW. A SYNOPTIC ANALYSIS

##### Abstract

The article's subject matter is a synoptic analysis of the criminalization of homosexual behaviours. Ruminations are focused on Ernst Hafter's opinion which contributed to the decriminalization of voluntary sexual behaviours between same-sex adults in Switzerland already in 1929. The deliberations are enriched by a presentation of the evolution of the approach of the German and Austrian legislators to the discussed issue. The paper makes a reference to the findings of legal anthropology and the sociology of law. The observed transformations are of significant importance for a modern legislator who decides whether to criminalize or decriminalize taboo behaviours.

Keywords: homosexuality, criminal law, Switzerland